

Numéro 4, 2021 / ISSUE 4

DOSSIER THÉMATIQUE

L'art et le droit international

La circulation juridique et matérielle des œuvres en Europe : penser la frontière

› Renan BRETTEL

Le marché de l'art à l'épreuve des espèces protégées

› Laurence MAUGER-VIELPEAU

La Convention de l'Unesco de 2001 sur la protection du patrimoine culturel subaquatique : un succès en demi-teinte

› Marine THEY

Legal Pathways to Ensure Brand Museum Equity

› Capucine NICOLLAS

Dispute Settlement and Due Diligence in the International Art Trade

› Manlio Frigo

Le contentieux de la restitution des biens culturels

› Corinne HERSHKOVITCH, Noémie GUNDOGAR, Cassandre BENOIT

Soft Power at the Time of Pandemic: Upheavals and continuity to cultural industry

› Pierre-William FREGONESE

LIBRES PROPOS

La loi applicable à la Convention d'arbitrage au Royaume-Uni : les enseignements de l'arrêt *Enka*

› Marie-Elodie ANCEL

La diligence requise des organisations internationales : la lente évolution de l'ordre institutionnel international

› Aude BREJON

DAO, code et loi : le régime technologique et juridique de la *decentralized autonomous organization*

› Florence GUILLLAUME, Sven RIVA

Breaking Bad: Fail-Safes to the Hague Judgement Convention

› Diana REISMAN

LA RECHERCHE À L'ÉCOLE DOCTORALE

THÈSES

Le contrôle de la régularité internationale des jugements étrangers

› Alejandra BLANQUET-ANGULO

Changement de paradigme dans l'innovation pharmaceutique et la distribution officinale

› Lara CRAMER

L'ordre public en droit de la concurrence dans l'arbitrage international

› Rüdiger MORBACH



Revue de droit international d'Assas
Assas International Law Review

Revue éditée par l'École doctorale de droit international, droit européen, relations
internationales et droit comparé (ED 9) de l'Université Panthéon-Assas,
12 place du Panthéon – 75005 Paris

Directeur de la publication : **Stéphane Braconnier**

Directrice scientifique : **Sabine Corneloup**

Directeur scientifique adjoint : **François Mailhé**

Comité scientifique

Advisory Board

Niki Aloupi

Professeur à l'Université Panthéon-Assas

Louis d'Avout

Professeur à l'Université Panthéon-Assas

Gérard Cahin

Professeur à l'Université Panthéon-Assas

Cécile Chainais

Professeur à l'Université Panthéon-Assas

Olivier de Frouville

Professeur à l'Université Panthéon-Assas

Julian Fernandez

Professeur à l'Université Panthéon-Assas

Marie Goré

Professeur à l'Université Panthéon-Assas

Malik Laazouzi

Professeur à l'Université Panthéon-Assas

Yves Nouvel

Professeur à l'Université Panthéon-Assas

Fabrice Picod

Professeur à l'Université Panthéon-Assas

Carlo Santulli

Professeur à l'Université Panthéon-Assas

Comité de rédaction

Board of Editors

Caroline Chauv

Rédacteur en chef

Mira Hamad

Rédacteur en chef

Loriane Alem

Éditeur

Juliette Bagary-Latchimy

Éditeur

Matthieu Bessouet

Éditeur

Clémence Billard

Éditeur

Başak Etkin

Éditeur

Wendy Carazo

Éditeur

Andréa Feuillâtre

Éditeur

Yann Legrand

Éditeur

Fondateurs

Founders

Éloïse Glucksmann

Luana Piciarca

Auteurs ayant contribué à ce numéro

Contributors to this issue

Marie-Elodie Ancel

Professeur à l'Université Panthéon-Assas

Alejandra Blanquet-Angulo

*Maître de conférences en droit privé à l'Institut
catholique de Paris*

Ronan Bretel

*Doctorant à l'École Normale Supérieure
Paris-Saclay et ATER à l'Université
Panthéon-Assas*

Pierre-William Fregonese

*Docteur de l'Université Panthéon-Assas,
Chercheur associé au Centre Thucydide et
Professeur associé à l'Université de Kobe
(Japon)*

Florence Guillaume

*Professeur à l'Université de Neuchâtel
LexTech Institute (Suisse)*

Corinne HersHKovitch

Avocat au Barreau de Paris

Rüdiger Morbach

*Docteur des universités Panthéon-Assas et de
Wurtzbourg (Allemagne)
Référéndaire au Tribunal de Leipzig*

Diana A.A. Reisman

*Éditeur en chef du Georgetown Journal of
International Law (USA)*

Marine They

*Professeur à l'Université Sorbonne Paris
Nord*

Cassandre Benoit

*Doctorant CIFRE à l'Université Paris 1-
Panthéon Sorbonne et au Cabinet Corinne
HersHKovitch*

Aude Brejon

*Docteur de l'Université Panthéon-Assas
Chercheur associé au CRDH et au CEDIN*

Lara Cramer

Docteur de l'Université Panthéon-Assas

Manlio Frigo

*Professeur à l'Université de Milan
Of Counsel et Membre de l'Art & Cultural
Property Focus Team chez BonelliErede,
Milan*

Noémie Gundogar

*Doctorant à l'École Normale Supérieure
Paris-Saclay et l'École du Louvre*

Laurence Mauger-Vielpeau

Professeur à l'Université de Caen-Normandie

Capucine Nicolas

*Brand development au Musée du Louvre
Lecturer à l'Université Panthéon-Assas*

Sven Riva

*Doctorant à l'Université de Neuchâtel
LexTech Institute (Suisse)*

Sommaire

Sommaire	1
Éditorial	2
Le dossier thématique : L'art et le droit international	
<i>Special Feature: Art and International Law</i>	4
La circulation juridique et matérielle des œuvres d'art en Europe : penser la frontière (R. Bretel)	5
Le marché de l'art à l'épreuve des espèces protégées (L. Mauger-Vielpeau).....	19
La Convention de l'Unesco de 2001 sur la protection du patrimoine culturel subaquatique : un succès en demi-teinte (M. They)	32
Legal Pathways to Ensure Museum Brand Equity: A Brief Analysis of the Use of Intellectual Property Rights (C. Nicolas)	72
Dispute Settlement and Due Diligence in the International Art Trade (M. Frigo)..	81
Le contentieux de la restitution des biens culturels (C. Hershkovitch, N. Grundogar et C. Benoit).....	92
Soft Power at the Time of Pandemic: Upheavals and Continuity of Cultural Industries (P.-W. Fregonese)	106
La recherche à l'école doctorale	
<i>Research at the Graduate School</i>	113
Le contrôle de la régularité internationale des jugements étrangers. Étude comparée de Droit international privé français et colombien (A. Blanquet-Angulo)	114
Changement de paradigme dans l'innovation pharmaceutique et la distribution officinale. Analyse comparative des droits français, allemand et suisse (L. Cramer)	119
L'ordre public en droit de la concurrence dans l'arbitrage international (R. Morbach)	139
Libres propos	
<i>Articles</i>	168
La loi applicable à la convention d'arbitrage au Royaume-Uni : les enseignements de l'arrêt <i>Enka</i> (M.-É. Ancel)	169
La diligence requise des organisations internationales : la lente révolution de l'ordre institutionnel international (A. Brejon).....	179
DAO, code et loi : le régime technologique et juridique de la <i>decentralized autonomous organization</i> (F. Guillaume et S. Riva).....	206
Breaking Bad: Fail-Safes to the Hague Judgments Convention (Diana A.A. Reisman)	233

Éditorial

Le choix du dossier de ce quatrième numéro – l’art et le droit international – est né d’une envie de prendre l’air et d’éviter les quelques sujets « obsessionnels » qui occupent les chercheurs en ce moment. Nous n’avons pas cherché très loin, puisque l’art a regagné une place importante dans l’actualité juridique internationale. La déconstruction continue du colonialisme et de son héritage a été couplée chez les États décolonisés d’une envie de réappropriation patrimoniale et culturelle et l’art demeure au cœur de ces ambitions. Par ailleurs, la course à l’acquisition d’œuvres d’art à laquelle se livrent certains États est indubitablement aujourd’hui une forme de *soft power*. Qu’il s’agisse de la restitution par la France des trésors royaux d’Abomey au Bénin, de la prolongation de l’accord de licence du Louvre Abu Dhabi, des problématiques relatives à la découverte d’épaves dans les abysses entre Chypre et le Liban, des tensions diplomatiques entourant la vente du Salvator Mundi, ou encore de l’avènement des œuvres d’art numériques dits « NFT », la matière est bien riche et se prête parfaitement à une étude transversale. Nous retenons donc une définition assez large de l’art, étant à la fois une composante du patrimoine culturel des États, et un bien – tangible ou intangible – qui enregistre une forte présence dans le commerce international, le tout étant perçu par le droit international comme un domaine à protéger et à régler.

Le thème choisi est également un clin d’œil à d’autres problématiques. Ainsi, l’art et le droit international, c’est aussi la paix de Per Krohg – peinture murale qui orne les murs de la salle du Conseil de Sécurité à New York –, les différentes œuvres offertes par les États en vue de décorer le palais de justice à La Haye ou encore la peinture de Borch commémorant la ratification du traité de Munster de 1648, ces œuvres qui font partie de notre « patrimoine » juridique international. Vous nous pardonnerez cet abus de langage dont le seul but est d’illustrer la place occupée cette fois-ci par le droit international dans l’art et inversement l’exercice de *soft power* entrepris par certains États pour contribuer autant que possible à l’imagerie du droit international à travers les œuvres précitées. Enfin, nous ne pouvons-nous empêcher de mentionner certaines qualités « artistiques » attribuées au droit international et nous nous contenterons là de vous renvoyer au cours du Professeur Sur à l’Académie de La Haye sur la « créativité du droit international », imaginée comme « les multiples possibles contenus dans la cellule de base du droit international, qui n’est jamais épuisée » et qui permet de « créer des univers juridiques différents ».

Fidèle au format original, ce numéro compte aussi une rubrique de « Libres Propos », traitant de sujets divers et d’actualité, en français et en anglais, tels ceux de la loi applicable à la convention d’arbitrage au Royaume-Uni ou des problématiques liées aux « decentralized autonomous organisations », ainsi qu’une rubrique consacrée aux résumés des thèses récentes qui se sont particulièrement démarquées par leur qualité. Les résumés proposés par les auteurs permettent ainsi de mettre en lumière la diversité des sujets qui animent l’ED9 et les jeunes internationalistes.

Enfin, nous espérons que ce numéro, qui sera notre dernier en tant que rédactrices en chef, sera à la hauteur de la tâche qui nous a été précieusement confiée par les fondatrices de la revue Eloïse Glucksman et Luana Piciarca il y a deux ans. Ce souffle

de changement au niveau de l'équipe est aussi marqué par l'arrivée de Loriane Alem, Juliette Bagary-Latchimy, Clémence Billard, et Andréa Feuillatre, à qui nous souhaitons nos meilleurs vœux de réussite dans ce très beau projet.

Bonne lecture à tous !

Caroline Chaux

Mira Hamad

Le dossier thématique : L'art et le droit international

Special Feature: Art and International Law

La circulation juridique et matérielle des œuvres d'art en Europe : penser la frontière

Ronan Bretel,

Doctorant à l'Institut des Sciences sociales du Politique (ISP – UMR CNRS 7220) de l'École Normale Supérieure de Paris Saclay (Université Paris Saclay)

Attaché temporaire d'enseignement et de recherche (ATER) à l'Université Paris II Panthéon-Assas

Par décision du 17 mai 2017, le Parlement et le Conseil de l'Union européenne proclamèrent 2018 l'« année européenne du patrimoine culturel ». Cette initiative destinée à promouvoir l'héritage commun comme élément central de la coopération se voulait également favoriser la diversité culturelle et encourager à la conservation-valorisation des patrimoines par les États membres. Cette tension entre libre circulation des biens et protection d'intérêts supérieurs non-commerciaux (ici la valeur patrimoniale) est au cœur du projet communautaire et irrigue plus largement les dynamiques de circulation des œuvres d'art à l'échelle mondiale. À l'heure d'interrogations croissantes sur la légitimité de détentions en Europe d'artefacts d'origine extra-occidentale, l'UNESCO, conjointement à des prises de position et séminaires d'engagements sur la lutte contre le trafic illicite des biens culturels et les retours-restitutions avec l'Union européenne, enjoint désormais les États parties à considérer de nouvelles pratiques dans la circulation des biens culturels quant à un « patrimoine en partage ». C'est dire l'actualité d'une réflexion sur la circulation juridique et matérielle des œuvres d'art en Europe.

Sur le vieux continent, depuis 1957 et le Traité de Rome, la majorité des États sont peu à peu passés d'alliances économiques sectorielles à une Union européenne constitutionnalisée. Les coopérateurs européens tendent d'ailleurs à promouvoir une culture européenne comme corollaire de la citoyenneté. Mais un « patrimoine sans frontière » est-ce possible ? Est-ce souhaitable ?

Si comme l'écrit Pierre Taugourdeau « il peut être soutenu que la culture n'a pas de frontières, que les biens culturels appartiennent au patrimoine commun de l'humanité et que les "égoïsmes nationaux" sont en la matière inacceptables »¹, on peut à l'inverse soutenir « qu'il n'y a pas de société ou d'État véritablement stable et équilibré sans assise culturelle solide dont un élément fondamental est constitué par le maintien sur les lieux où ils sont nés des témoignages des époques antérieures »². À cet égard, les biens culturels sont bien les « trésors constitutifs de l'âme même de la Nation »³.

Dès lors, quel sens politique donne-t-on à la frontière pour le patrimoine culturel ? Cette contribution tentera de dégager quelques lignes de force pour enrichir la réflexion du lecteur. Il ne s'agit pas de dresser un tableau complet de l'évolution des législations européennes sur la circulation du patrimoine culturel mobilier ; mais plutôt de (re)tracer ce « sens de la frontière ». Sous le prisme de la législation, il nous semble en effet possible d'observer le passage d'une protection des identités nationales à l'émergence d'une véritable « européanité patrimoniale ».

Nous retiendrons ici le terme Europe comme désignant essentiellement l'Union européenne, et nous nous contenterons d'évoquer le sort des biens meubles. En outre,

¹ J. CHATELAIN et P. TAUGOURDEAU, *Œuvres d'art et objets de collection en droit français*, coll. Droit & Professionnels Propriété intellectuelle, LexisNexis, 2011, p. 177.

² *Ibid.*

³ P.-L. FRIER, *Droit du patrimoine culturel*, coll. Droit fondamental, Presses Universitaires de France, 1997, p. 463.

nous ne pourrions envisager la valeur signifiante de ces artefacts dans leur dimension immatérielle, là où il y aurait pourtant tant à dire. Nous analyserons ici le sort des biens détenus par des personnes privées et qui sont naturellement plus à même que les propriétés publiques à circuler en Europe en ce qu'ils sont vendus, cédés, ou échangés.

L'exportation est par nature transfrontalière. Qu'elle soit permise ou prohibée, son existence renseigne sur la fonction de la frontière, et en négatif dit ce qui est maintenu, ce qui est protégé ; en somme ce qui « fait patrimoine » pour une entité nationale ou une organisation régionale à un instant donné. Bien qu'évoquant une dynamique européenne, nous illustrerons notre propos à partir d'exemples français pris comme point d'observation et d'énonciation.

Trois grands temps semblent se dessiner : d'abord la constitution de barrières pour la protection des richesses patrimoniales nationales ; puis le passage à une frontière en partage ; et, enfin, la volonté de sanctuariser ce nouvel espace consacré pour voir émerger une conscience patrimoniale européenne.

À la protection des patrimoines nationaux *en* Europe (I) succède donc une protection du *patrimoine européen* (II) comme préalable à un élan de protection universelle du patrimoine *par* l'Europe (III).

I. La protection des patrimoines nationaux en Europe

A. *Nation(s) et souveraineté patrimoniale (1913-1945)*

Jusqu'à la fin du XIXe siècle, la France, consciente de la richesse quantitative et qualitative de son patrimoine culturel mobilier ainsi que du dynamisme de son marché de l'art ne connaissait pas de système de contrôle d'exportation des œuvres d'art. Sa monnaie forte lui garantissait un avantage dans les échanges internationaux, quitte à subir quelques pertes. Mais lorsque la balance des devises pencha en sa défaveur, cette tolérance fut remise en cause⁴. Les travaux de recherche du programme *Mémoloi* dédié à l'histoire des grandes lois du patrimoine culturel ont montré que la lutte contre les aliénations illicites⁵ motiva l'adoption des premiers textes de protection des objets d'art au début du XXe siècle, notamment en permettant une réflexion sur la rétention des biens artistiques au sein des frontières nationales. En 1913, Théodore Reinach fut ainsi préoccupé par des exportations massives vers les États-Unis (ex. 2800 caisses d'objets d'art en deux ans depuis le port de Bordeaux⁶).

Il s'agissait alors essentiellement pour le législateur de lutter contre les « criminelles rapacités » (expression de Maurice Faure) des brocanteurs et le « vandalisme exportateur » des acheteurs étrangers qui dilapidaient, morceau par morceau, les trésors de l'histoire française⁷. Si une loi de 1887 institua une proto-protection des monuments historiques par leur identification, elle fut de faible secours face aux envois massifs outre-Atlantique, à la fois de biens meubles, protégés en propre seulement à partir de 1909, mais également avec le démontage-remontage de grands ensembles

⁴ J. CHATELAIN, *Droit et administration des musées*, coll. École du Louvre, La documentation française, 1993, p. 324.

⁵ J.-P. BADY, M. CORNU, J. FROMAGEAU, J.-M. LENIAUD et V. NEGRI (coord.), *1913 Genèse d'une loi sur les monuments historiques*, coll. Comité d'histoire du Ministère de la culture et de la communication, La documentation française, 2013, 602 p.

⁶ P.-L. FRIER, *op. cit.*, p. 358.

⁷ J. KAGAN, « Préservation du patrimoine mobilier : l'apport de la loi du 31 décembre 1913 vue à travers l'action administrative », *Genèse ... op. cit.*, p. 177- 195.

monumentaux comme les cloîtres du pays d'Oc et du Roussillon. La loi de 1905 de séparation des églises et de l'État fit également craindre d'importantes dispersions du mobilier liturgique français. Mais au-delà d'un intérêt à la protection des vestiges eux-mêmes, pour Jean-Baptiste Bienvenu-Martin, il fallait alors « surtout éviter que [ceux]-ci n'aillent enrichir les collections étrangères ». L'instauration d'un contrôle d'exportation fut donc un véritable enjeu diplomatique et culturel. Cette sensibilité à la protection d'une identité patrimoniale nationale se retrouve d'ailleurs à la même période dans la loi italienne du 12 juin 1902, première en Europe sur le sujet. Imprescriptibilité, récolement périodique, mesures conservatoires, etc. ; en passant par les lois de 1905, de 1909 et de 1912, on aboutit enfin en France à la loi du 31 décembre 1913 sur les monuments historiques, véritable « loi matrice »⁸ des législations patrimoniales jusqu'à nos jours⁹. Toutefois, comme le note Judith Kagan, si l'article 21 de ce texte, qui reprend au mot près les dispositions de la loi de 1909, prohibe l'exportation des biens meubles classés, ceux-ci sont alors encore presque exclusivement des propriétés publiques (inaliénables), et le texte général ne touche finalement que très peu les œuvres détenues par des particuliers. En effet, le classement des objets de personnes privées ne débuta réellement qu'après les années 1930. L'instauration d'une frontière nationale ne concerne donc qu'à la marge les échanges quotidiens du marché de l'art. L'hémorragie patrimoniale – bien que se cautérisant peu à peu – reste donc vive, mais le premier pas est fait, le législateur a pour la première fois institué une frontière juridique pour maintenir sur son territoire les œuvres d'art les plus exceptionnelles, celles qui sont alors classées.

Il fallut attendre la fin de la Grande Guerre¹⁰ pour que le parlement aille plus loin et instaure un véritable contrôle d'exportation des œuvres d'art. Inspirée par un rapport de Paul Frantz Marcou, la chambre adopta le 31 août 1920 un texte général, ne se limitant donc pas aux monuments historiques, sur le contrôle d'exportation des biens culturels. Mais fortement critiquée par les négociants en art, la loi d'Édouard Herriot et Paul Reynaud fut abrogée dès l'année suivante par la loi de finances du 31 décembre 1921. En guise de compensation, l'État se vit toutefois reconnaître un « droit de préemption » en ventes publiques lui permettant d'acquérir en préférence à tout autre les œuvres vendues aux enchères. Après le coup de marteau, l'administration est subrogée dans les droits de l'adjudicataire.

La seconde Guerre Mondiale raviva les inquiétudes de dilapidation avec la menace des « collectionnites » mortifères des dignitaires du Reich (dont Göring) et poussa à l'adoption de la loi du 23 juin 1941 qui restaura un contrôle d'exportation sur tous les biens « d'intérêt national d'histoire ou d'art ». Adopté à la hâte par les fonctionnaires du régime de Vichy informés de la menace nazie par le « cabinet noir », *i.e* le bureau de contrôle et de censure postale¹¹, le texte ne fut précédé d'aucuns travaux préparatoires publiés, ni suivi d'aucun décret d'application. Son respect fut évidemment contrarié par les circonstances de l'occupation, mais le texte instaura durablement un principe général

⁸ M. CORNU, « Histoire d'une loi » (dossier Monuments historiques - 1913, il était une loi.), *Juris art etc*, n°8, Dalloz, 2013, p.18.

⁹ J.-P. BADY, M. CORNU, J. FROMAGEAU, J.-M. LENIAUD et V. NEGRI (coord.), *De 1913 au Code du patrimoine. Une loi en évolution sur les monuments historiques*, coll. Comité d'histoire du Ministère de la culture et de la communication, La documentation française, 2018, 628 p.

¹⁰ A. SANS, *Politique muséale et étude juridique des outils d'enrichissement des collections publiques. Études des archives de la propriété muséale* (dir. Marie Cornu), Mémoire de Master 2, Paris Sud XI, 2016, p. 30.

¹¹ S. LE RAY, « La protection des trésors nationaux et la circulation des biens culturels - le cas du patrimoine écrit et graphique », *Bulletin des bibliothèques de France (BBF)*, n° 6, 1998, p. 8-15.

de contrôle d'exportation des objets d'art. Il permet également à l'administration de bénéficier d'un « droit de rétention » redoutablement efficace en vertu duquel celle-ci pourrait acquérir l'œuvre au prix déclaré par l'exportateur. À la libération le rétablissement de la légalité républicaine ne revint pas sur ces dispositifs.

Durant la première moitié du vingtième siècle, l'instauration d'une frontière juridique permet donc la conservation d'un patrimoine artistique au sein du territoire national et le préserve de deux menaces essentielles : à l'intérieur contre des cessions volontaires à des puissances étrangères dans le cadre d'un marché de l'art qui accélère son internationalisation ; mais également à l'extérieur en le prémunissant du risque de dispersion du fait de la guerre et de l'occupation.

B. *Le temps des échanges culturels européens (1946-1992)*

Le décret du 30 novembre 1944 soumit à autorisation toute opération d'importation ou d'exportation d'un bien, y compris, mais non exclusivement, en matière culturelle. Au sortir de la guerre, c'est sur la combinaison délicate de la loi de 1941 et de ce contrôle douanier complété par différents « avis aux exportateurs » en 1949, 1964, 1967, 1985 et 1988 que reposa en France pendant cinquante ans la maîtrise du passage des frontières par les œuvres d'art. La non-révision de ces textes posa d'ailleurs régulièrement problème quant à leur incapacité à protéger la création graphique du début du XXe siècle ou les chefs-d'œuvre des arts décoratifs. La loi de 1941 ne concernait en effet que les œuvres graphiques et plastiques d'avant 1900 et les objets d'ameublement antérieurs à 1830. Un Matisse, un Picasso ou un Mondrian pouvaient donc librement quitter la France. Initialement, il s'agissait de ne pas immobiliser une production artistique presque contemporaine, mais quarante ans plus tard son intérêt patrimonial se manifestait et la protection de ces créations apparaissait manifestement insuffisante.

En pratique, tout projet d'exportation devait donc faire l'objet d'une demande de visa ou de licence, et l'éventuel refus (motivé¹²) était prononcé après un contrôle de la pièce. Le refus d'exportation pouvait être définitif et n'entraînait pas d'indemnisation du propriétaire. La crainte de ce couperet poussa d'ailleurs l'administration à de déloyales mais fructueuses négociations au profit des collections publiques françaises¹³. On pense notamment au « troc » de *La Célestine* de Pablo Picasso qui fut donnée à l'État en l'échange d'une autorisation d'exportation des *Noces de Pierrettes*¹⁴.

L'après-guerre généralisa donc le contrôle d'exportation des œuvres d'art en instaurant une véritable frontière nationale, avec des prérogatives fortes de l'État comme le « droit d'arrêt en douane », faculté d'acquérir au prix déclaré, qui fut néanmoins utilisé avec « tact et mesure »¹⁵.

Mais les trente glorieuses sont également les années du projet communautaire, précisément fondé autour du libre-échange. Le Traité de Rome instituant la Communauté économique européenne (CEE) fut adopté le 25 mars 1957. Les pères de l'Europe voulaient aboutir à une progressive disparition des restrictions de circulation

¹² CE, 17 juin 1985, n° 54172, *Dauberville*.

¹³ M. DE SAINT-PULGENT, « Sujétions et privilèges de l'État-collectionneur », *Droit au musée, droit des musées* (dir. E. BONNEFOUS, E. PEUCHOT et L. RICHER), Fondation Singer-Polignac/Dalloz, 1994, p. 50.

¹⁴ R. MOULIN, « Patrimoine national et marché international. Les dilemmes de l'action publique ». *Revue française de sociologie*, 38-3, 1997, p. 465-495 ; et P.-L. FRIER, « L'exportation des biens culturels Commentaire de la loi du 31 décembre 1992 et du décret du 29 janvier 1993 », *AJDA* 1993, p. 264.

¹⁵ P.-L. FRIER, *Droit du patrimoine culturel op. cit.*, p. 466.

afin de créer un grand marché commun entre les États membres. Ce projet fut parachevé dans l'Acte unique européen de 1987 qui prévoit sa parfaite réalisation au 31 décembre 1992.

Des systèmes nationaux de protection du patrimoine demeurèrent néanmoins jusqu'en 1993. Par exception, l'article 30 du traité, reprenant les dispositions du chapitre XX du GATT, permit aux États de restreindre ou d'interdire l'importation ou l'exportation des « trésors nationaux d'intérêt historique ou artistique ». Comme l'observa Pierre-Laurent Frier¹⁶, cette disposition ne provoqua que peu de contentieux, à l'exception d'une condamnation de l'Italie¹⁷ pour avoir imposé une taxe à l'exportation des objets d'art dans un but purement fiscal. Cette affaire permit d'ailleurs à la Cour de justice d'exprimer que, par principe, les biens culturels sont des « marchandises » sens du droit communautaire, en tant que « produits appréciables en argent et susceptibles, comme tels, de former l'objet de transactions commerciales ». Les mesures restrictives de circulation doivent donc être justifiées par la protection des biens patrimoniaux et être strictement proportionnées.

Dans deux textes de 1989¹⁸, la Commission formula le vœu d'un contrôle d'exportation unifié pour les objets d'art. Ce louable dessein se trouvait néanmoins confronté à l'extrême diversité des législations des États membres. Quand certains « pays du sud » (Espagne, Italie ou Grèce) connaissaient un système de contrôle très strict pour éviter la dispersion de leurs richesses patrimoniales, d'autres pays bien plus libéraux étaient dotés d'une réglementation peu contraignante (Allemagne, Danemark, Pays-Bas). La France se trouvait pour sa part dans une position intermédiaire avec son système amendé issu de la loi de 1941. Le constat était toutefois sans appel : l'union régionale est constituée de « pays sources » et de « pays de marché » qui n'ont pas les mêmes intérêts à voir reconnaître ou disparaître des frontières européennes pour la circulation des œuvres d'art. Si le principe cardinal du droit européen demeura donc celui de la libre circulation ; en réponse aux inquiétudes légitimes des pays latins, Bruxelles mâtina sa position initiale pour aboutir à une solution d'équilibre dans le Traité de Maastricht signé en février 1992.

II. La protection du patrimoine européen

La création de l'Union européenne et l'avènement du « marché unique » transformèrent profondément le régime de circulation des œuvres d'art sur le continent, et permirent l'émergence progressive d'un « espace patrimonial européen ».

A. *Le « marché unique » et la libre circulation des biens culturels*

Au 1^{er} janvier 1993, les États membres passèrent du marché commun au marché unique. Les barrières douanières nationales tombèrent et la nouvelle Union européenne devint une vaste zone de libre circulation des capitaux, des personnes, des services et des marchandises. Les frontières nationales en matière commerciale s'effacèrent. D'une frontière par pays, l'on passa à une frontière commune, européenne, repoussée aux

¹⁶*Ibid.*, p. 467.

¹⁷ CJCE, 10 décembre 1968, Commission des Communautés européennes c/ République italienne, n°7-68.

¹⁸ Commission des Communautés européennes, Communication interprétative de l'article 36 du 22 novembre 1989 (Comm. 89-CB CD-89.552) et proposition de communication interprétative du 16 novembre 1989 (III/B/SL).

limites extérieures de l'union régionale. Le marché unique fut ainsi délimité par une frontière externe, et en son sein, les marchandises circulent dorénavant sans entrave.

Toutefois, le traité ménage quelques exceptions, et à côté de la protection de l'ordre public, de la sécurité ou de la santé publique, le droit européen prévoit à l'article 36 une dérogation concernant les « trésors nationaux », qui, en raison de leur valeur patrimoniale exceptionnelle, peuvent demeurer circonscrits à une circulation interne. La masse patrimoniale générale circule donc librement en Europe, mais une part préservée est encore soumise à un contrôle national.

La définition des « trésors nationaux » est d'ailleurs une prérogative propre aux États. Chaque pays peut ainsi désigner des catégories de biens artistiques, avec le concours éventuel de listes ou nomenclatures, qui font exception en ce qu'ils doivent être autorisés à quitter le pays, même pour une livraison intracommunautaire. La libre circulation demeure toutefois le principe. Ce n'est que si le lien du bien à l'histoire d'un pays est tel qu'on en limite sa possibilité de sortir du territoire souverain. Les frontières nationales sont donc encore, par exception, des remparts pour la protection des identités patrimoniales nationales. Mais cette motivation n'est pas strictement « nationaliste » et on retient souvent une vision universaliste de la culture. Si au Royaume-Uni l'interrogation sur la place de l'œuvre dans l'histoire nationale demeure essentielle parmi les « critères de Waverley »¹⁹ qui doivent permettre de déterminer si une œuvre est un trésor national ou non ; la France a par exemple reconnu qu'une jarre médiévale chinoise présentait un « intérêt national d'histoire ou d'art ». Il pourrait en aller de même d'un masque guinéen, d'un tableau de Jackson Pollock ou d'une tiare princière ottomane. Le commissaire du gouvernement Kahn sous l'arrêt Talleyrand-Périgord²⁰ précisa d'ailleurs que le caractère national d'une œuvre vise « bien plus que la nationalité de son auteur [...] l'intérêt que lui porte ou est censée lui porter la nation ». Si le législateur précise que les biens importés depuis moins de 50 ans ou les œuvres contemporaines ne peuvent pas être entravés dans leur circulation, c'est précisément car le lien d'attachement à l'histoire patrimoniale d'un pays n'est pas encore constitué.

Pour comprendre la logique du contrôle des trésors nationaux comme exception à la libre circulation, prenons l'exemple de la législation française. On peut schématiser le système sous la forme de trois cercles concentriques²¹. La masse générale, celle des produits culturels et œuvres ordinaires, circule librement vers l'ensemble des pays de l'Union européenne, sans barrière ni vérification. De manière plus resserrée, le droit de l'Union distingue les « biens culturels » qui doivent faire l'objet d'un contrôle afin de déterminer si ce sont ou non des trésors nationaux. Ces biens examinés sont identifiés en fonction de seuils de valeur et d'ancienneté prévus à l'annexe I du Code du patrimoine. Ainsi, tout tableau d'une valeur supérieure à 300 000€ doit par exemple être autorisé par l'administration à quitter la France en se voyant délivrer un « passeport ». Pour une aquarelle, ce sera à partir de 30 000€, et pour un vestige archéologique (de plus de 100 ans d'âge) dès le premier euro. À l'issue du contrôle, deux possibilités : soit

¹⁹ Fixés en 1952 ils retiennent trois natures possibles au trésor national : le lien à la civilisation britannique tel que le départ du bien entraînerait une perte significative pour le patrimoine culturel ; l'œuvre d'importance esthétique exceptionnelle ; et enfin l'objet de signification majeure pour l'art, la connaissance ou l'histoire. Voir en ce sens : M. CORNU, J. FROMAGEAU et C. WALLAERT (coord.), *Dictionnaire comparé du droit du patrimoine culturel*, CNRS éditions, 2012, p. 956.

²⁰ J. KAHN, 1970, Conseil d'État 12 décembre 1969, *Hélie de Talleyrand Périgord*, *AJDA* 1970, p. 34.

²¹ M. CORNU, « Les biens culturels dans le marché européen de l'art », *Droit et marché de l'art en Europe. Régulation et normalisation du risque* (dir. G. CESARE GIORGINI et S. PEREZ), Bruylant, Bruxelles 2015, p. 31-46.

le bien culturel n'est pas un trésor national et il se voit alors délivrer une autorisation d'exportation valable sans limite de durée ou pour 20 ans renouvelable s'il s'agit d'une œuvre de moins de 100 ans ; soit c'est un trésor national et il rejoint alors le noyau central de notre système de protection. Le trésor national ainsi identifié est bloqué pour 30 mois sur le territoire français. Dans ce laps de temps, l'État peut le classer monument historique, il demeurera alors une propriété privée mais ne pourra définitivement plus passer la frontière ; ou bien la puissance publique peut formuler une offre d'achat avec l'éventuel concours d'un appel au mécénat d'entreprise, au prix du marché de l'art international, à dire d'experts en cas de désaccord. Dans cette hypothèse, le propriétaire n'est toutefois pas contraint d'accepter cette offre, mais le refus d'exportation pourra alors être renouvelé sans limite. En outre, et hors le cas de ces trésors nationaux par identification, l'article L111-1 du Code du Patrimoine énonce que certains biens sont des trésors nationaux par nature, c'est-à-dire sans condition de valeur ou d'ancienneté, et donc sans nécessité de contrôle : les collections des musées de France, les archives publiques, les biens déjà classés monuments historiques ou encore l'ensemble des biens du domaine public mobilier. Ces œuvres ne sont jamais autorisées à quitter le territoire. Néanmoins, et au bénéfice de l'ensemble des trésors nationaux, par nature comme par identification, des autorisations temporaires de sortie peuvent être accordées en cas d'exposition, d'expertise, de restauration ou de dépôt dans une collection muséale à l'étranger. L'exportation illicite d'un trésor national constitue un délit passible de deux ans d'emprisonnement et d'une amende pouvant atteindre 450 000€ (art. L114-1 du Code du Patrimoine).

L'avènement du marché unique fixa donc un principe, celui de la libre circulation intracommunautaire des biens culturels ; et posa une exception : la faculté pour chaque État membre de limiter l'exportation de ses trésors nationaux pour les conserver sur son territoire national.

B. *La constitution d'un espace patrimonial européen*

La création de l'Union européenne fut également l'occasion de constituer un réel « espace patrimonial européen ». Cette expression est naturellement absente des textes, l'UE n'ayant d'ailleurs pas de compétence culturelle autonome. Néanmoins, l'articulation de deux séries de mesures permet de déceler cette réalité : l'unification des contrôles pour les exportations extracommunautaires, et la mise en place d'un système européen de restitution pour les œuvres illicitement exportées.

La diversité des conceptions patrimoniales nationales exposait à un risque majeur : celui d'une concurrence entre des législations plus tolérantes et plus strictes lors d'une demande d'exportation en dehors du territoire européen (phénomène de *law shopping*). En l'absence d'harmonisation et en reconnaissant le principe de libre circulation à l'intérieur de l'Union, on pouvait craindre de voir les pays les plus libéraux servir de bases de départ pour des envois d'œuvres vers des pays hors-UE, et qu'ainsi une forme de « dumping patrimonial » ne soit organisée. Pour se prémunir de telles conséquences délétères, le règlement n°3911/92 du 9 décembre 1992 fut adopté, texte désormais abrogé et remplacé par le règlement n°116/2009 du 18 décembre 2008. Ce règlement consacre un mécanisme commun de licence d'exportation (on ne parle plus d'autorisation quand il s'agit d'un envoi hors-UE). Indépendamment des procédures administratives nationales qui peuvent varier, tous les États membres appliquent désormais les mêmes critères en fonction de la nature et de la valeur des œuvres considérées. Les conditions de délivrance du document sont d'ailleurs totalement

indépendantes de la protection ou non du bien par une législation nationale (ex. trésor national ou propriété publique). Dès lors, qu'un tableau soit expédié vers l'Arabie Saoudite depuis l'Autriche, le Royaume-Uni ou l'Espagne, les mêmes critères s'appliquent pour statuer sur la délivrance ou non de la licence qui lui permettrait de quitter l'Union européenne. Il s'agit là d'une véritable harmonisation européenne du cadre juridique d'exportation extracommunautaire des biens culturels. Ce système retient donc les œuvres exceptionnelles dans l'espace patrimonial européen tout en préservant leur libre circulation en son sein.

Une autre manifestation notable de la constitution d'un espace patrimonial européen est l'adoption d'une directive restitution 93/7/CEE du 15 mars 1993, désormais abrogée et remplacée par la directive 2014/60/UE du 14 mai 2014. Avec la fin des contrôles douaniers systématiques aux frontières nationales, les pays européens craignaient l'augmentation des trafics intracommunautaires de biens volés ou illicitement exportés. Pour pallier ce risque du libre-échange, la directive restitution instaura un système par lequel l'autorité judiciaire du pays où le bien est découvert en informe l'État d'origine et ordonne le retour dans le pays requérant si celui-ci en fait la demande dans un délai déterminé (à l'origine un an, désormais trois ans) en prouvant qu'il était protégé sur son territoire (considéré comme un trésor national). Au soutien de ce système, plusieurs États de l'Union sont au surplus signataires du traité UNIDROIT de 1995 qui facilite la restitution en inversant la présomption de bonne foi au regard des conditions d'acquisition ou de détention du bien, le possesseur de l'œuvre recelée devant alors prouver qu'il la détient légitimement. L'UNESCO fournit également un cadre encore plus général avec la Convention de 1970 contre la circulation illicite des biens culturels qui prévoit des procédures administratives inter-étatiques de demande de retour d'une œuvre volée ou ayant quitté un territoire sans autorisation. Vingt-cinq des vingt-sept États membres de l'UE sont parties à cet instrument de droit international.

L'Union européenne créée en 1992 renouvelle donc profondément le sens de la frontière concernant les échanges européens de biens patrimoniaux. Le marché unique modèle un nouveau paradigme, avec l'abandon par principe des frontières nationales au profit d'une frontière partagée. Le législateur européen ménage toutefois une exception au profit des trésors nationaux désignés comme tels par les États membres en raison de leur lien particulier à l'identité du pays qui les abrite. En cas d'exportation clandestine, leur retour est facilité par des mécanismes juridiques de coopération et de restitution. En outre, toute exportation d'une œuvre hors du territoire communautaire répond désormais aux mêmes conditions, et ce, quel que soit le pays de transit considéré. Le patrimoine culturel mobilier est donc relativement soluble au sein de l'Union européenne, mais uniformément protégé quand il s'agit d'envisager son départ vers un autre continent. On peut donc bien parler de la création d'un véritable « espace patrimonial européen ».

III. La protection universelle du patrimoine par l'Europe

Une fois ce régime de circulation des biens culturels défini, l'Union européenne aurait pu se contenter d'être une zone de libre-échange dotée d'un système additionnel de protection du patrimoine culturel. Mais l'autarcie patrimoniale est un non-sens, plus encore dans un monde nettement globalisé. Le patrimoine culturel semble également être un outil d'influence (*soft power*) non négligeable pour une union régionale voulant peser dans les nouveaux équilibres mondiaux. Nous semble ainsi poindre une réflexion

sur l'« européanité patrimoniale » comme une carte à jouer sur l'échiquier international. L'Europe se conçoit ainsi comme un espace-refuge pour les biens culturels en danger ; mais également comme un territoire éthique et protecteur pour la préservation d'un patrimoine qui serait ontologiquement commun à l'humanité.

A. *L'Europe, sanctuaire patrimonial dans la mondialisation*

Face aux trafics illicites de biens culturels de par le monde, l'enjeu est de faire de l'Union européenne un espace éthique, notamment dans le contrôle de la provenance des biens culturels proposés à la vente. Mentionné dans les dispositions de la directive restitution de 2014 (art. 10), l'impératif de diligence est un emprunt direct aux termes de la convention UNIDROIT de 1995. Comme le rappelle le préambule au texte, le possesseur d'un bien « doit prouver qu'il a exercé la diligence requise lors de l'acquisition [... s'il veut ...] obtenir une indemnité » en cas de restitution. Tout détenteur d'un bien culturel doit donc s'inquiéter de l'origine d'une œuvre avant de l'acquérir. Il est précisé qu'il est ainsi « tenu compte de toutes les circonstances » de l'achat, « notamment de la documentation sur la provenance du bien, des autorisations de sortie requises en vertu du droit de l'État membre requérant, de la qualité des parties, du prix payé, de la consultation ou non par le possesseur de tout registre accessible sur les biens culturels volés, de toute autre information pertinente qu'il aurait pu raisonnablement obtenir, ou de toute autre démarche qu'une personne raisonnable aurait entreprise dans les mêmes circonstances ». Ces vérifications concourent à la manifestation de la bonne foi du possesseur. Ce dernier pourra être indemnisé du préjudice qu'il subirait d'avoir à restituer le bien qu'il a payé parce que ce bien se serait avéré être volé ou illicitement exporté.

L'espace patrimonial européen peut en outre constituer un sanctuaire culturel quand les conflits armés et les instabilités géopolitiques menacent les œuvres d'art. Dans son rapport de novembre 2015 au Président de la République *Cinquante propositions françaises pour protéger le patrimoine de l'humanité*, le Président du Musée du Louvre Jean-Luc Martinez se prononça en faveur de la création de « réserves-refuge » et d'un « fonds de dotation spécifiquement dédié à la sauvegarde ou la reconstruction du patrimoine ». Les 2 et 3 décembre 2016 était organisée à Abou Dhabi une conférence internationale sur le patrimoine mondial en péril dans un contexte conflictuel (Afghanistan, Syrie, Mali, Yémen, etc.). Présidée par Jack Lang (président de l'Institut du Monde Arabe à Paris) et Mohamed al Mubarak (président de l'autorité du tourisme et de la culture d'Abou Dabi) et réunissant les représentants de près de quarante pays, elle aboutit à la décision de création d'un « Fonds international pour la protection du patrimoine en danger dans les zones en conflit » avec une dotation initiale de 100 millions de dollars. La France participa à hauteur de 30 millions d'euros à la constitution de ce fonds ouvert sur la base du volontariat aux institutions internationales, aux États et aux contributeurs privés. Il fut également décidé de constituer un réseau international de refuges pour les antiquités en danger afin de répondre aux demandes des États souhaitant mettre temporairement à l'abri leurs œuvres en péril du fait de conflits armés ou du terrorisme. Si priorité est donnée à la création de refuges sur le territoire de l'État touché ou dans un pays limitrophe. En dernier ressort, l'œuvre peut être évacuée en accord avec le droit international et sous le contrôle d'institutions culturelles mondiales comme l'UNESCO ou l'ICOM. Le fonds ALIPH (*Alliance for the Protection of Heritage in Conflict Areas*) fut ainsi créé le 8 mars 2017 sous la forme d'une fondation de droit suisse ayant son siège à Genève, au cœur de l'Europe géographique. Au printemps 2018, à l'occasion de la

présentation de son plan culturel, la maire de Paris Anne Hidalgo a également affirmé qu'elle souhaitait que la capitale française « devienne une ville-refuge pour les œuvres menacées dans le monde entier » et que le Crédit Municipal mettrait à dispositions « plusieurs centaines de mètres carrés » à cette fin dans le cadre de relations bilatérales avec des villes partenaires réunies sous l'égide de l'ALIPH. La mise en place de cette structure est lente, mais les pays européens sont moteurs dans cette initiative de coopération internationale pour la sauvegarde universelle du patrimoine culturel. Ils mettent leur expertise scientifique internationalement reconnue au service de la protection des antiquités en danger, en participant à des actions d'urgence sur place, mais également en constituant un territoire pacifié à même de conserver temporairement ces œuvres, le temps de rétablir les conditions locales propres à permettre leur présentation dans leur pays d'origine.

En avril 2015, à l'occasion de la sixième conférence des ministres du patrimoine culturel, les 47 représentants au Conseil de l'Europe ont également lancé « l'appel de Namur » condamnant toute atteinte au patrimoine et appelant à la solidarité internationale ainsi qu'au renforcement de la coopération européenne dans la lutte contre le trafic illicite des biens culturels. Ce mouvement permit l'adoption le 19 mai 2017 de la Convention de Nicosie sur les infractions visant les biens culturels dans le cadre du Comité sur les infractions visant les biens culturels (PC-IBC) de l'organisation régionale ; qui reste toutefois de l'ordre du vœu pieu faute de ratifications suffisantes. La déclaration de Bonn adoptée le 29 juin 2015 par le Comité du patrimoine mondial de l'UNESCO condamna également les atteintes au patrimoine culturel et invita la communauté internationale à renforcer sa coordination dans la protection de celui-ci par la coalition « Unis pour le patrimoine ».

Enfin, par lettre conjointe du 7 décembre 2015 avec ses collègues allemand et italien, la ministre de la culture française invita la Commission européenne à présenter rapidement au Conseil de l'Union européenne et au Parlement européen une proposition de règlement sur l'importation des biens culturels. Les crises du Moyen-Orient avaient déjà poussé à l'adoption de deux règlements concernant l'Irak et la Syrie (1210/2003 du Conseil du 7 juillet 2003 et 1332/2013 du Conseil du 13 décembre 2013) dans le sillage des résolutions 1483 (2003) et 2118 (2013) du Conseil de sécurité de l'ONU²². Ces deux textes interdisent l'importation de biens en provenance de ces deux régions depuis le début des conflits. Mais comme le regrettait la Commission dans son communiqué de presse du 13 juillet 2017, « il n'exist[ait] pas de cadre global (au niveau de l'Union européenne) pour l'importation » et « les règles actuelles peuvent être exploitées par des exportateurs et importateurs peu scrupuleux ». Comme le souligna en outre la communauté des chercheurs en droit du patrimoine culturel, « la disparité des législations est une cause d'aggravation et rend nécessaire l'adoption de règles uniformes en matière d'importation aux frontières extérieures de l'UE, comme il existe des règles uniformes en matière d'exportation vers les pays tiers »²³.

Fut finalement adopté le règlement 2019/880 du 17 avril 2019 concernant l'introduction et l'importation de biens culturels. Dans l'optique de garantir que tout

²² V. NEGRI, « Étude juridique sur la protection du patrimoine culturel par la voie des résolutions du Conseil de sécurité des Nations-Unies », UNESCO, 2015, 14 p.

²³ M. CORNU, « La lutte contre le trafic illicite de biens culturels, la recherche de provenance et l'exercice de la diligence requise dans l'union européenne », étude pour la conférence de renforcement des capacités "Engager le marché européen de l'art dans la lutte contre le trafic illicite des biens culturels", UNESCO/Commission européenne, 2018, 32 p.

importateur – qu’il soit musée, collectionneur privé ou maison de ventes – introduise dans l’espace communautaire des biens culturels légalement exportés de leur pays d’origine, le nouvel instrument normatif impose l’obtention d’un certificat d’importation pour trois catégories de biens sensibles (incunables et manuscrits, objets archéologiques, et vestiges monumentaux) et prescrit de fournir une déclaration douanière sur l’honneur pour tous les biens culturels de plus de 250 ans entrant dans l’espace patrimonial européen. Il s’agit par là à la fois de priver les organisations criminelles de nécessaires subsides en empêchant tout recel en Europe de biens issus de pillages, mais également d’assurer aux acheteurs du monde entier que chaque bien culturel circulant dans l’Union européenne est doté d’un « pedigree » honorable. La délivrance du certificat d’importation incombe au pays d’entrée sur le territoire communautaire. Les pièces justificatives exigées dépendent du degré de risque du pays-source et de sa ratification ou non de la convention UNESCO de 1970. Le règlement demande enfin aux États membres d’adopter des dispositifs de sanction à l’encontre des violations de ces règles. L’importateur assume en tout état de cause la responsabilité du statut de l’œuvre admise en déclaration, y compris dans le cas où un négociant agirait pour le compte d’un client. La procédure responsabilise ainsi les intermédiaires du marché de l’art qui doivent agir avec éthique en cas d’évaluation de risque défavorable à l’importation du bien pour sa circulation intracommunautaire et sa cession éventuelle dans le marché intérieur. Le cœur du dispositif ne trouvera cependant à s’appliquer effectivement qu’à partir de la mise en place du système électronique de gestion des licences et déclarations par la Commission, qui interviendra au plus tard au 28 juin 2025.

Un grand pas de politique de lutte contre le trafic illicite des biens culturels est néanmoins fait et juridiquement formalisé. En sus d’un examen à l’exportation, dans un proche avenir, les biens culturels seront contrôlés à leur importation sur le territoire communautaire. Cette dynamique caractérise bien un processus de sanctuarisation de l’espace patrimonial européen visant à considérer la frontière commune comme un cadre protecteur pour le patrimoine culturel dans son ensemble, ce, quelle que soit son origine.

B. *Restitutions et nouveaux partages*

Nous ne saurions conclure une réflexion sur l’« européenité patrimoniale » sans évoquer la difficile question des demandes de restitution de biens culturels. Il n’est pas ici question de retours commandés par un impératif strictement juridique (biens volés ou spoliés), mais davantage d’un questionnement sur l’opportunité de la détention et de la monstration de certaines œuvres d’art par les pays occidentaux, notamment européens.

On est ici mis face à des problématiques davantage philosophiques et morales que proprement juridiques. Si la détention de certaines collections est légalement permise, la communauté muséale, pour n’envisager qu’elle, se pose de plus en plus souvent la question : est-elle légitime ? À l’issue d’un tel questionnement, la France a déjà consenti à plusieurs retours d’artefacts dans leur pays d’origine²⁴. On peut évoquer pour illustration des déclassements législatifs le retour en Afrique du Sud du corps de la « Vénus Hottentote », femme réduite en esclavage et exhibée à la fin du XVIII^e siècle. Après le vote d’une loi spéciale le 6 mars 2002, les collections publiques étant

²⁴ L’hypothèse n’est pas récente. Voir : Loi n°56-631 du 29 juin 1956 (JORF 30 juin 1956) sur l’échange d’objets entre le musée Guimet et le musée national de Tokyo ou encore l’ordonnance 45-2451 du 19 octobre 1945 pour la remise à Staline par la France en 1945 d’un dessin de Pierre le Grand rendant visite à Louis XIV.

normalement inaliénables, la dépouille de Saartjie Baartma put bénéficier d'une sépulture dans son village natal d'Hankey. Il en alla de même pour les têtes maories du musée du Rouen en 2010²⁵. On pense encore en 2011 au prêt sans terme (*sic.*) d'archives coréennes qui avaient été obtenues dans des circonstances troubles.

Dans une optique ethnopolitique nourrie par les *post-colonial studies* anglo-saxonnes²⁶, le débat public s'interroge aujourd'hui sur les demandes de retour de biens culturels exportés après une colonisation ou à tout le moins une domination par une puissance étrangère. L'État gardien d'un patrimoine culturel issu d'un « ailleurs » est ainsi confronté à ses responsabilités mémorielles²⁷. Nombre d'anciennes régions occupées devenues États indépendants et affranchis sollicitent la restitution de biens regardés comme acquis sous l'empire d'une violence physique ou symbolique, faveurs ou pression, du fait de la présence de l'occidental ou du colon sur les communautés détenant nativement ledit patrimoine culturel à l'époque de son exil.

Si le droit français n'est pas armé pour répondre à ces demandes de nature avant tout politique (au sens le plus noble du terme), peu important les vicissitudes de l'histoire ou les enjeux diplomatiques, toute demande semble assurément devoir être entendue en ce qu'elle amène à reconsidérer la pertinence de la détention d'un « patrimoine des autres »²⁸, même un siècle après son départ. La légalité formelle de l'acquisition ne dispense pas d'une éthique contemporaine de la propriété. L'adoption d'une loi de restitution parachève en tout cas indubitablement un processus de délibération politique sur cette question mémorielle des liens entre patrimoine et espace territorial.

Pour autant, l'écoute d'une demande ne requiert pas nécessairement son approbation. À cet égard, une tendance contemporaine à la normalisation de l'exception de déclassement du patrimoine culturel public questionne parallèlement sur la force principielle de l'inaliénabilité des collections qui répond à une conception universaliste – tout à la fois défendable et critiquable – ainsi que pour le droit national à une singulière histoire juridique et patrimoniale des collections publiques « à la française ».

En outre, derrière le dithyrambe de la panse morale, il y a toujours la tentation dangereuse de faire prévaloir les enjeux diplomatiques sur l'intérêt culturel, scientifique et patrimonial des biens considérés. D'autant plus quand des restitutions se font en catimini, sans débat et donc sans due forme juridique²⁹, parfois avec des anamnèses historiques douteuses³⁰.

²⁵ Loi n°2010-501 du 18 mai 2010 visant à autoriser la restitution par la France des têtes maories à la Nouvelle-Zélande et relative à la gestion des collections (JORF 19 mai 2010)

²⁶ V. not. J. VAN BEURDEN, *Treasures in Trusted Hands: Negotiating the Future of Colonial Cultural Objects*, Sidestone Press, 2017, 230 p.; et J. A.R. NAFZIGER et A. M. NIGORSKI (coord.), *Cultural Heritage Issues. The Legacy of Conquest, Colonization and Commerce*, Brill - Nijhoff, 2009, 466 p.

²⁷ J. CHEVALLIER, « L'héritage politique de la colonisation », in *La situation postcoloniale. Les postcolonial studies dans le débat français* (dir. M.-C. SMOUTS), 2007, p. 360-377 ; et *African Memory in Danger - Mémoire africaine en péril* (dossier dir. par A. MAYOR, V. NEGRI et E. HUYSECOM), *Journal of African Archaeology*, vol. 11, septembre 2015, 159 p.

²⁸ Nous faisons ici référence aux recherches sur le « goût des Autres » par B. DE L'ESTOILE dans *Le goût des Autres. De l'Exposition coloniale aux Arts premiers*, coll. Champs essais, n°970, Flammarion, 2010, 624 p.

²⁹ Le 4 mai 2021, la députée Aina Kuric aspirant à une véritable restitution de la couronne du dais de la reine Ranavalona III à la République de Madagascar déposa d'ailleurs une proposition de loi (Assemblée nationale, n°4133) pour entériner conformément à l'article L451-1 du Code du patrimoine la remise définitive de l'artefact déposé le 5 novembre 2020 au palais de la Reine de Tananarive à la suite de la demande du président Andry Rajoelina.

³⁰ Ainsi en va-t-il du sabre dit d'El Hadj Oumar Tall rendu au départ par la France via un prêt d'un an renouvelable (destiné à être « de longue durée » selon la Présidence) puis restitué définitivement par la loi

La restitution peut également apparaître comme un mirage trompeur quand elle prétend « réparer l'Histoire »³¹ dans une thérapeutique par l'objet plutôt que comme une sublimation consistant à écrire celle à venir sur la base d'une éthique relationnelle matérialisée dans une « propriété partagée »³². *Quid* au-delà d'une impasse essentialiste de la Culture, de la conception d'un patrimoine commun³³ à un « tout monde » pour emprunter à la formule d'Edouard Glissant³⁴ ? N'est-ce pas là ce qui est proposé comme dépassement exclusiviste dans les modèles de théorie du droit de « transpropriation » ou de « pluripropriation »³⁵ ?

En tout état de cause, les pays européens questionnent la territorialité de détention des artefacts culturels dans ce rapport aux mémoires. Pour n'envisager que l'exemple interne le plus saillant, en 2017, dans son discours de Ouagadougou, le Président de la République française Emmanuel Macron tint un discours où il développa l'idée que les échanges entre les pays européens, la France en premier lieu, et les pays d'origine de ces objets, devait permettre de quitter un « imaginaire qui nous enferme dans nos conflits, parfois dans nos traumatismes ; d'un imaginaire qui n'est plus le vôtre, n'est plus le nôtre ». Pour le chef de l'État, il n'est pas acceptable « qu'une large part du patrimoine culturel de plusieurs pays africains soit en France ». Au-delà des « explications historiques », il n'y a pas à son sens de « justification valable, durable et inconditionnelle » au *statu quo* ; de sorte qu'au-delà de leur exposition en Europe, les œuvres africaines doivent être présentées sur leur continent d'origine. Le Président souhaita ainsi que la France procède à des « restitutions temporaires » (*sic.*) ou « définitives » dans les cinq ans, en engageant des collaborations scientifiques et muséographiques avec des institutions partenaires.

Le chef de l'État commanda subséquemment à l'historienne de l'art Bénédicte Savoy et l'écrivain sénégalais Felwine Sarr un rapport sur la question, rendu en novembre 2018, et intitulé *Sur la restitution du patrimoine culturel africain. Vers une nouvelle éthique relationnelle*³⁶. Celui-ci mit en lumière 46 000 œuvres potentiellement litigieuses dans les collections publiques françaises. Par la loi du 5 novembre 2020, 26 premières œuvres du Trésor de Béhanzin données par le général Alfred Amédée Dodds au musée d'Ethnographie du Trocadéro et réclamées de longue date par le Bénin ont été restituées (sous l'étiquette pudique et mal à propos de « transfert ») ; le texte créant également une commission de réflexion sur l'opportunité d'autres déclassements législatifs d'une nature analogue. Selon la présidence de la République, « outre le Bénin et le Sénégal, cinq autres pays

du 17 décembre 2020, celui-ci est présenté Musée des civilisations noires de Dakar depuis son inauguration mais s'avère être en réalité un objet d'origine européenne.

³¹ A. GARAPON, *Peut-on réparer l'histoire ? Colonisation, esclavage, Shoah*, Odile Jacob, 2008, 285 p.

³² Sur le modèle juridique de la « propriété d'intérêt partagé », v. M.-S. DE CLIPPELE, « Le patrimoine culturel, une propriété d'intérêt partagé », *Conférence paper*, Les droits culturels fondamentaux en Union européenne, Nantes (19/10/2018), 7 p.

³³ M.-A. RENOLD, « Cultural Co-Ownership: Preventing and Solving Cultural Property Claims », *International Journal of Cultural Property*, vol. 22, n°2/3, août 2015, p. 163-176.

³⁴ É. GLISSANT, *Traité du Tout-monde*, Gallimard, 1997, 268 p.

³⁵ F. OST, « Le patrimoine, un statut juridique pour le milieu », *La nature hors la loi*, coll. Poche/Sciences humaines et sociales, La découverte, 2003, p. 306-337 ; et J. ROCHFELD, « Penser autrement la propriété : la propriété s'oppose-t-elle aux "communs" ? », *Revue internationale de droit économique*, tome XXVIII, 2014, p. 351-369.

³⁶ F. SARR et B. SAVOY, *Rapport sur la restitution du patrimoine culturel africain - Vers une nouvelle éthique relationnelle*, 29 novembre 2018, 240 p. (publié en version éditoriale : *Restitution le patrimoine africain*, Philippe Rey/Seuil, 2018, 192 p.)

africains (Madagascar, Côte d'Ivoire, Éthiopie, Mali, Tchad) ont formulé des demandes officielles de restitutions »³⁷.

Ces restitutions qui se multiplient partout en Europe comme une nouvelle éthique du partage du patrimoine culturel mobilier vis-à-vis de pays extra-occidentaux questionne sur l'imaginaire de la frontière juridique et matérielle en matière culturelle. Il paraît à cet égard fondamental d'interroger la portée des termes utilisés par le Président de la République française parlant des « engagements d'État à État pour protéger ces œuvres d'art, c'est-à-dire votre histoire, votre patrimoine, et, si vous m'y autorisez, *le nôtre* ». D'une approche exclusiviste et propriétaire, la sémantique semble glisser vers l'appréhension du patrimoine culturel comme un « commun »³⁸. Il est ici question d'un « patrimoine en partage ». Les musées occidentaux sont souvent guidés par une vision universaliste des collections, mais les nouveaux équilibres mondiaux poussent peu à peu l'ensemble des détenteurs de patrimoine en Europe à une réflexion sur la circulation et les nouveaux modes de partage de leurs œuvres, qui n'en est qu'une nouvelle modalité³⁹ ; et ce, sans se cacher derrière le totem d'une immuable frontière protectrice et étanche, qui si elle est une part de la réalité, ne saurait être réduite à cette seule dimension.

Succédant à l'idée de protection du patrimoine mondial *en Europe*, se pose indubitablement aujourd'hui la question de la diffusion d'un patrimoine universel *par l'Europe*. Confrontés sans cesse à de nouveaux enjeux en matière de circulation des biens culturels, la communauté muséale comme le législateur semblent en matière patrimoniale devoir perpétuellement se reposer cette question : « comment penser la frontière ? ».

³⁷ Présidence de la République française, Restitution des biens culturels : une promesse tenue pour une nouvelle page des relations entre l'Afrique et la France, Communiqué, 18 décembre 2020

³⁸ Voir en ce sens les entrées concernant le patrimoine culturel dans le *Dictionnaire des communs* (dir. M. CORNU, F. ORSI et J. ROCHFELD), coll. Quadrige, Presses Universitaires de France, 2ème édition, 2021, 1392 p.

³⁹ S. BACHIR DIAGNE, « Musée des mutants », *Esprit*, juillet/août 2020, p. 103-111

Le marché de l'art à l'épreuve des espèces protégées

Mme Laurence Mauger-Vielpeau,
Professeur à l'Université de Caen-Normandie

« Reconnaissant que la faune et la flore sauvages constituent de par leur beauté et leur variété un élément irremplaçable des systèmes naturels, qui doit être protégé par les générations présentes et futures ;

Conscients de la valeur toujours croissante, du point de vue esthétique, scientifique, culturel, récréatif et économique, de la faune et de la flore sauvages ;

Reconnaissant que les peuples et les États sont et devraient être les meilleurs protecteurs de leur faune et de leur flore sauvages ;

Reconnaissant en outre que la coopération internationale est essentielle à la protection de certaines espèces de la faune et de la flore sauvages contre une surexploitation par suite du commerce international ;

Convaincus que des mesures doivent être prises d'urgence à cet effet ».

Cet engagement des États contractants introduisant la Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction¹, dite Convention CITES (son acronyme anglais) ou Convention de Washington, donne le ton. Les peuples et les États doivent protéger la faune et la flore sauvages. Cette protection passe par une coopération internationale destinée à contrer une surexploitation par suite du commerce international. Il y a urgence !

Ces espèces à protéger font partie des « communs »², ce sont des biens communs. Comme l'explique un auteur, « l'argument du bien commun est aujourd'hui invoqué pour justifier l'appropriation publique sur certaines ressources ou encore pour sanctionner plus largement les atteintes portées au patrimoine collectif. Il fait plus nettement émerger l'idée d'un intérêt collectif juridiquement protégé »³. Entre les biens privés et les biens publics émergerait cette nouvelle catégorie juridique de bien commun⁴.

Cette catégorie est à rapprocher de celle de « Patrimoine commun de l'humanité », autrefois utilisée en droit international⁵, ou de celle de « Patrimoine commun de la Nation » qui « désigne, dans sa généralité, une universalité ou un ensemble de biens et de choses, matérielles ou immatérielles, qui présentent un intérêt collectif et qu'il importe de protéger et préserver pour en garantir la transmission »⁶. Ce second concept est utilisé en droit de l'urbanisme⁷ et

¹ Signée à Washington le 3 mars 1973, puis amendée à Bonn, le 22 juin 1979 et à Gaborone, le 30 avril 1983.

² V. à ce sujet : *Dictionnaire des biens communs*, sous la dir. de M. Cornu, F. Orsi et J. Rochfeld, PUF, Quadriga, 2017, spéc. introduction.

³ *Dictionnaire des biens communs, ibid., Vis Biens communs (approche juridique)*

⁴ *Ibid.*

⁵ V. à ce sujet : *Dictionnaire des biens communs, ibid., Vis Patrimoine commun de l'humanité, par C. Le Bris* qui la considère aujourd'hui comme désuète (hormis dans la Loi Constitutionnelle n° 2005-205 du 1^{er} mars 2005 relative à la Charte de l'environnement qui vise « le patrimoine commun des êtres humains »), reposant sur un malentendu et la qualifie d'« arbre sans fruits », lui préférant le terme « commun » « axé sur la solidarité, qui porte en germe un renouveau du patrimoine de l'humanité ».

⁶ V. à ce sujet : *Dictionnaire des biens communs, ibid., Vis Patrimoine commun de la Nation (approche juridique)*, par M. Deffairi.

⁷ Art. L. 101-1, al. 1, C. de l'urbanisme qui précise que « Le territoire français est le patrimoine commun de la nation ».

en droit de l'environnement⁸. Plus généralement, le patrimoine commun se caractérise par une dimension extra-étatique car il n'appartient à aucun État et concerne tous les êtres humains et une dimension atemporelle parce qu'il est « *identifié dans une perspective de transmission* »⁹. Indéniablement, cette catégorie remet en cause les analyses juridiques classiques du patrimoine et de la propriété et remet à l'ordre du jour d'autres qualifications comme celle de domaine universel¹⁰.

Outre le patrimoine naturel, le patrimoine commun vise aussi le patrimoine culturel. Si le premier est régi par les Codes de l'urbanisme et de l'environnement, le second relève davantage du Code du patrimoine. Néanmoins, ces deux sortes de patrimoine peuvent parfois se rejoindre. Ainsi, des parcs naturels régionaux peuvent être créés « *sur un territoire dont le patrimoine naturel et culturel ainsi que les paysages présentent un intérêt particulier* »¹¹. De même, au sujet des sites, « *il est établi dans chaque département une liste des monuments naturels et des sites dont la conservation ou la préservation présente, au point de vue artistique, historique, scientifique, légendaire ou pittoresque, un intérêt général* »¹². Au-delà de la diversité des sources, ces deux patrimoines constituent indiscutablement des biens communs. Cette appartenance à une même catégorie les rapproche de plus en plus¹³.

À ce titre, le même souci de protection anime la préservation des patrimoines naturel et culturel communs. Ainsi, les trésors nationaux, qui constituent une espèce particulière de biens culturels, font aussi l'objet d'une réglementation propre destinée à éviter leur dilapidation¹⁴.

Ce lien entre les patrimoines naturel et culturel nous a amené à nous interroger plus spécifiquement sur le sort des biens culturels composés d'éléments issus d'espèces animales ou végétales protégées, comme une statuette en ivoire ou un meuble ou un fauteuil en bois de palissandre. En effet, le marché de l'art peut représenter un danger pour ces deux sortes de patrimoine car il peut favoriser le commerce de biens communs protégés. Pour éviter cette menace, des dispositions internationales, européennes et de droit interne ont été adoptées. Il nous faut donc commencer par présenter la teneur de ces différentes sources (I) pour ensuite envisager les devoirs auxquels sont soumis les acteurs du marché de l'art (II).

I. Les sources réglementant le commerce des espèces protégées

La présentation des sources réglementant le commerce des espèces protégées nécessite de s'intéresser aux sources supranationales organisant cette protection (A), afin de mieux comprendre une législation particulière adoptée en droit interne relative à

⁸ Art. L. 110-1-I du C. de l'environnement qui dispose que « Les espaces, ressources et milieux naturels terrestres et marins, les sons et odeurs qui les caractérisent, les sites, les paysages diurnes et nocturnes, la qualité de l'air, les êtres vivants et la biodiversité font partie du patrimoine commun de la nation ».

⁹ V. à ce sujet : F.-G. Trébulle, « La propriété à l'épreuve du patrimoine commun : le renouveau du domaine universel », in *Études offertes au professeur Ph. Malinvaud*, LexisNexis-Litec, 2007, p. 659 et s, spéc. p. 661.

¹⁰ F.-G. Trébulle, « La propriété à l'épreuve du patrimoine commun : le renouveau du domaine universel », in *Études offertes au professeur Ph. Malinvaud, ibid.*

¹¹ Art. L. 333-1, I C. de l'environnement.

¹² Art. L. 341-1 C. de l'environnement. V. aussi à ce sujet le patrimoine mondial de l'UNESCO, https://www.youtube.com/watch?v=_4bXB0zTk9c.

¹³ V. à ce sujet : *Dictionnaire des biens communs, ibid, Vis Patrimoine culturel (droit interne)* par V. Négri qui relève que la notion de patrimoine culturel a longtemps entretenu « *un vis-à-vis* » avec celle de patrimoine naturel. « *Cette frontière connaît une certaine porosité marquée par des notions qui empruntent alternativement, suivant les régimes de protection, ou cumulativement aux deux registres, naturel et culturel* ».

¹⁴ Art. L. 111-1 et s. C. du patrimoine.

l'interdiction du commerce de l'ivoire d'éléphants et de la corne de rhinocéros sur le territoire national qui concerne au premier chef le marché de l'art (B).

A. *Les sources supranationales*

La Convention CITES encadre le commerce des espèces protégées à l'échelle internationale (1). Le droit de l'Union européenne s'est aussi saisi de cet impératif dans le cadre de plusieurs règlements (2).

1. **La Convention CITES**

La Convention CITES porte sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction. L'article I de la Convention fournit plusieurs définitions. Le terme « commerce » est entendu comme « *l'exportation, la réexportation, l'importation et l'introduction en provenance de la mer* ». Les « espèces » sont « *toute espèce, sous-espèce, ou une de leurs populations géographiquement isolée* ». Les « spécimens » sont définis comme « *tout animal ou toute plante, vivants ou morts* », mais aussi « *toute partie ou tout produit obtenu* » à partir de l'animal ou de la plante facilement identifiables.

Elle répartit les espèces en trois catégories de protection, au sein de trois annexes¹⁵, avec une gradation¹⁶. Ainsi, l'annexe I vise les espèces menacées d'extinction dont le commerce ne doit être autorisé que dans des conditions exceptionnelles. Celui-ci est organisé à l'article III qui impose la délivrance et la présentation préalables d'un permis d'exportation ou d'importation, un certificat de réexportation ou un certificat émanant de l'organe de gestion de l'État dans lequel le spécimen a été introduit pour l'exportation, l'importation, la réexportation ou l'introduction en provenance de la mer d'un spécimen d'une espèce figurant sur cette annexe devant satisfaire à des conditions de délivrance très strictes. Puis, l'annexe II comprend les espèces, qui ne sont pas actuellement nécessairement menacées d'extinction, mais qui pourraient le devenir si le commerce des spécimens de ces espèces n'était pas strictement réglementé. Il s'agit d'éviter une surexploitation incompatible avec leur survie. L'article IV requiert la délivrance et la présentation préalables d'un permis d'exportation, d'un certificat de réexportation ou d'un certificat émanant de l'organe de gestion de l'État dans lequel le spécimen a été introduit pour l'exportation, l'importation, la réexportation ou l'introduction en provenance de la mer d'un spécimen d'une espèce figurant sur cette annexe. Enfin, l'annexe III comporte toutes les espèces qu'une partie déclare soumises à une réglementation ayant pour but d'empêcher ou de restreindre leur exploitation et nécessitant la coopération des autres parties pour le contrôle de leur commerce. L'article V exige la délivrance et la présentation préalables d'un permis d'exportation, d'un certificat d'origine ou de réexportation pour l'exportation, l'importation ou la réexportation d'un spécimen d'une espèce figurant sur cette annexe¹⁷. Les États parties à la Convention doivent veiller au respect de ces règles en prévoyant notamment des sanctions pénales frappant le commerce et/ou la détention de ces spécimens et la confiscation ou le renvoi à l'État d'exportation des spécimens¹⁸.

¹⁵ Les espèces visées par les annexes sont régulièrement actualisées par le Secrétariat qui notamment publie « périodiquement et communiqu(e) aux Parties des listes mises à jour des Annexes I, II et III ainsi que toutes informations de nature à faciliter l'identification des spécimens des espèces inscrites à ces Annexes » (art. XII de la Convention).

¹⁶ Art. II de la Convention intitulée « Principes fondamentaux ».

¹⁷ Les permis et certificats sont soumis à des conditions précisées par l'art. VI de la Convention qui fournit des modèles en annexe (IV).

¹⁸ Art. VIII de la Convention.

La Convention prévoit des dérogations à ces obligations, notamment lorsque le spécimen a été acquis avant l'application au spécimen de ses dispositions ou pour les objets personnels ou à usage domestique sous certaines réserves, notamment en cas d'importation dans l'État où réside le propriétaire qui les a acquis dans un autre État¹⁹.

La Convention CITES ne fixe qu'une protection minimale et laisse aux États contractants la possibilité d'adopter des mesures plus strictes²⁰. Une autre échelle, l'Union européenne a aussi entendu participer à la protection des espèces menacées, optant pour un régime plus rigoureux.

2. Les règlements européens

L'Union Européenne a adopté plusieurs règlements ayant pour objet de contrôler le commerce des espèces menacées. Chronologiquement, il y a d'abord eu le Règlement (CE) n° 338/97 du Conseil du 9 décembre 1996 relatif à la protection des espèces de faune et de flore sauvages par le contrôle de leur commerce²¹, qui demeure le texte de référence, modifié ensuite à diverses reprises. Ne pouvant exposer tous ces textes, seront seulement présentés en raison de leur importance : le Règlement (CE) n° 865/2006 de la Commission du 4 mai 2006 portant modalités d'application du règlement (CE) n° 338/97 du Conseil relatif à la protection des espèces de faune et de flore sauvages par le contrôle de leur commerce²² et le Règlement (UE) n° 1320/2014 de la Commission du 1^{er} décembre 2014 modifiant le règlement (CE) n° 338/97 du Conseil relatif à la protection des espèces de faune et de flore sauvages par le contrôle de leur commerce²³.

Le premier Règlement commence, comme la Convention CITES, par des définitions²⁴, souvent plus précises. On y retrouve notamment les notions d'« espèce »²⁵ et de « spécimen »²⁶ et les « effets personnels ou domestiques »²⁷. Y figurent aussi la « mise

¹⁹ Art. VII de la Convention.

²⁰ Art. XIV de la Convention.

²¹ JOUE n° L 61 du 3 mars 1997. Ce règlement a abrogé le Règlement (CEE) n° 3626/82 du Conseil, du 3 décembre 1982, relatif à l'application dans la Communauté de la convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction, JOUE n° C 26 du 3 février 1992, afin de mieux protéger les espèces de faune et de flore sauvages menacées par le commerce ou susceptibles de l'être, mais aussi en raison de l'instauration du marché unique qui a supprimé les contrôles aux frontières des États membres.

²² JO L 166 du 19 juin 2006.

²³ JO L361 du 17 décembre 2014.

²⁴ Art. 2.

²⁵ « Une espèce, sous-espèce ou une de leurs populations ».

²⁶ « Tout animal ou toute plante, vivant ou mort appartenant aux espèces inscrites aux annexes A à D, ou toute partie ou tout produit obtenu à partir de ceux-ci, incorporé ou non dans d'autres marchandises, ainsi que toute autre marchandise dans le cas où il ressort d'un document justificatif, de l'emballage ou d'une marque ou étiquette ou de tout autre élément qu'il s'agit de parties ou de produits d'animaux ou de plantes de ces espèces, sauf si ces parties ou produits sont spécifiquement exemptés de l'application des dispositions du présent règlement ou des dispositions relatives à l'annexe à laquelle l'espèce concernée est inscrite par une indication dans ce sens contenue dans les annexes concernées. Un spécimen est considéré comme appartenant à une espèce inscrite aux annexes A à D s'il s'agit d'un animal ou d'une plante, ou d'une partie ou d'un produit obtenu à partir de ceux-ci, dont l'un au moins des « parents » appartient à l'une des espèces inscrites. Lorsque les « parents » d'un tel animal ou d'une telle plante appartiennent à des espèces relevant d'annexes différentes, ou à des espèces dont l'une seulement est couverte, les dispositions applicables sont celles de l'annexe la plus restrictive. Toutefois, dans le cas des spécimens de plantes hybrides, si seul un des « parents » appartient à une espèce inscrite à l'annexe A, les dispositions de l'annexe la plus restrictive s'appliquent uniquement si une indication dans ce sens figure dans l'annexe pour cette espèce ».

²⁷ La Règle en donne une définition : ce sont « les spécimens morts, les parties de spécimens et les produits dérivés appartenant à un particulier et faisant partie ou devant faire partie de ses biens et effets normaux ».

en vente »²⁸, la « vente » visant toute forme de vente²⁹ et les « spécimens travaillés acquis plus de cinquante ans auparavant »³⁰. Les espèces protégées sont ici regroupées en 4 annexes. L'annexe A comprend les espèces inscrites à l'annexe I de la Convention CITES pour lesquelles les États Membres n'ont pas émis de réserve voire d'autres espèces en plus³¹. Leur introduction dans l'Union nécessite un permis d'importation et leur exportation ou réexportation hors Union un permis d'exportation ou un certificat de réexportation. L'annexe B comporte les espèces inscrites à l'annexe II de la Convention CITES autres que celles inscrites à l'annexe A pour lesquelles les États Membres n'ont pas émis de réserve outre les espèces inscrites à l'annexe I de la Convention qui ont fait l'objet d'une réserve et d'autres espèces encore³². Leur introduction dans l'Union nécessite un permis d'importation et leur exportation ou réexportation hors Union un permis d'exportation ou un certificat de réexportation. Tous les permis d'importation sont soumis à des conditions plus souples si le demandeur apporte la preuve, document à l'appui, qu'il s'agit de spécimens travaillés ayant été acquis plus de cinquante ans auparavant³³. L'annexe C vise les espèces inscrites à l'annexe III de la Convention CITES, autres que celles figurant aux annexes A ou B, et pour lesquelles les États membres n'ont pas émis de réserve, et les espèces inscrites à l'annexe II de la Convention qui ont fait l'objet d'une réserve³⁴. Leur introduction dans l'Union nécessite une notification d'importation et leur exportation ou réexportation hors Union un permis d'exportation ou un certificat de réexportation. Tous les permis d'exportation et tous les certificats de réexportation sont soumis à des conditions plus souples si le demandeur apporte la preuve, document à l'appui, qu'il s'agit de spécimens travaillés ayant été acquis plus de cinquante ans auparavant ou de spécimens morts, aux parties et produits obtenus à partir de ces spécimens pour lesquels le demandeur peut apporter la preuve, document à l'appui, qu'ils ont été légalement acquis avant que les dispositions du présent règlement ou du règlement (CEE) n° 3626/82 ou de la Convention CITES ne leur soient applicables³⁵. L'annexe D contient des espèces non inscrites aux annexes A à C dont l'importance du volume des importations communautaires justifie une surveillance et les espèces inscrites à l'annexe III de la Convention qui ont fait l'objet d'une réserve³⁶. Leur introduction dans l'Union

²⁸ « La mise en vente et toute action pouvant raisonnablement être interprétée comme telle, y compris la publicité directe ou indirecte en vue de la vente et l'invitation à faire des offres ».

²⁹ « Aux fins du présent règlement, la location, le troc ou l'échange seront assimilés à la vente ; les expressions analogues sont interprétées dans le même sens ».

³⁰ Ce sont « les spécimens dont l'état brut naturel a été largement modifié pour en faire des bijoux, des objets décoratifs, artistiques ou utilitaires, ou des instruments de musique, plus de cinquante ans avant l'entrée en vigueur du présent règlement et dont l'organe de gestion de l'État membre concerné a pu s'assurer qu'ils ont été acquis dans de telles conditions. De tels spécimens ne sont considérés comme spécimens travaillés que s'ils appartiennent clairement à l'une des catégories susmentionnées et peuvent être utilisés sans être sculptés, ouvragés ou transformés davantage ».

³¹ Art. 3, §1., b) : « toute espèce: i) qui fait ou peut faire l'objet d'une demande dans la Communauté ou pour le commerce international et qui est soit menacée d'extinction, soit si rare que tout commerce, même d'un volume minime, compromettrait la survie de l'espèce ou ii) appartenant à un genre dont la plupart des espèces, ou constituant une espèce dont la plupart des sous-espèces, sont inscrites à l'annexe A en vertu des critères établis aux points a) ou b) i) et dont l'inscription à l'annexe est essentielle pour assurer une protection efficace de ces taxons ».

³² Art. 3, §2., c) et d) : « c) toute autre espèce non inscrite aux annexes I et II de la convention: i) qui fait l'objet d'un commerce international dont le volume pourrait compromettre: — sa survie ou la survie de populations de certains pays ou — la conservation de la population totale à un niveau compatible avec le rôle de cette espèce dans les écosystèmes dans lesquels elle est présente ou ii) dont l'inspection à l'annexe en raison de sa ressemblance avec d'autres espèces inscrites à l'annexe A ou à l'annexe B est essentielle pour assurer l'efficacité des contrôles du commerce des spécimens appartenant à cette espèce; d) des espèces dont il est établi que l'introduction de spécimens vivants dans le milieu naturel de la Communauté constitue une menace écologique pour des espèces de faune et de flore sauvages indigènes de la Communauté ».

³³ Art. 4, §5.

³⁴ Art. 3, §3., a) et b)

³⁵ Art. 5, §6.

³⁶ Art. 3, §4., a) et b).

nécessite une notification d'importation. Tous ces documents sont vérifiés et présentés au bureau de douane frontalier.

Comme la Convention CITES, le Règlement prévoit des exceptions à ces obligations, notamment pour les effets personnels ou ménagers³⁷.

Il prévoit en outre un article consacré au « contrôle des activités commerciales » susceptibles d'intervenir à l'intérieur de l'Union européenne. C'est l'article 8, qui précise dans son premier paragraphe qu'« *il est interdit d'acheter, de proposer d'acheter, d'acquérir à des fins commerciales, d'exposer à des fins commerciales, d'utiliser dans un but lucratif et de vendre, de détenir pour la vente, de mettre en vente ou de transporter pour la vente des spécimens d'espèces inscrites à l'annexe A* ». Il est toutefois possible de déroger à ces interdictions, notamment pour les spécimens acquis ou introduits dans l'Union avant l'entrée en vigueur, pour les spécimens concernés, des dispositions relatives aux espèces inscrites à l'annexe I de la Convention, à l'annexe C 1 du règlement n° 3626/82 ou à l'annexe A du présent règlement ou ceux travaillés ayant été acquis plus de cinquante ans auparavant³⁸. L'interdiction s'applique aussi aux spécimens de l'annexe B sauf « *lorsque l'autorité compétente de l'État membre concerné a la preuve que ces spécimens ont été acquis et, s'ils ne proviennent pas de l'Union, qu'ils y ont été introduits conformément à la législation en vigueur en matière de conservation de la faune et de la flore sauvages* »³⁹. Enfin, « *Les autorités compétentes des États membres sont habilitées à vendre les spécimens des espèces inscrites aux annexes B à D qu'elles ont confisqués, au titre dudit règlement, à condition que ces spécimens ne soient pas ainsi directement restitués à la personne physique ou morale à laquelle ils ont été confisqués ou qui a participé à l'infraction. Ces spécimens peuvent alors être utilisés à toutes fins utiles comme s'ils avaient été légalement acquis* »⁴⁰.

Enfin, le règlement fixe toute une liste d'infractions aux dispositions qu'il édicte qui doivent être sanctionnées par les États membres⁴¹, notamment en cas d'achat, offre d'achat, acquisition à des fins commerciales, utilisation dans un but lucratif, exposition au public à des fins commerciales, vente, détention pour la vente, mise en vente et transport pour la vente de spécimens en violation de l'article 8⁴².

Les deux autres Règlements apportent des modifications au précédent. Celui du 4 mai 2006⁴³ veut assurer une mise en œuvre uniforme du Règlement n° 338/97 et définit à cette fin des modèles de permis et de certificats. Il prend aussi en compte les acquis de la conférence des parties à la Convention CITES de Santiago de 2002 qui a notamment instauré des procédures simplifiées de délivrance de ces actes ou prévu un certificat spécial pour faciliter la circulation de certaines catégories de spécimens appartenant à des expositions itinérantes ou des dérogations complémentaires pour les effets personnels⁴⁴. Il tend aussi à favoriser une application uniforme des dérogations générales aux interdictions d'activités commerciales intérieures prévues par l'article 8,

³⁷ Art. 7, §3.

³⁸ §3. a) et b).

³⁹ §5.

⁴⁰ §6.

⁴¹ Art. 16.

⁴² §1, j).

⁴³ Qui se substitue largement au Règlement (CE) n° 1808/2001 de la Commission du 30 août 2001 portant modalités d'application du règlement (CE) n° 338/97 du Conseil relatif à la protection des espèces de faune et de flore sauvages par le contrôle de leur commerce, JO L 250 du 19 septembre 2001, lequel est abrogé.

⁴⁴ Le régime dérogatoire du Règlement n° 338/97 « *ne s'applique pas aux spécimens utilisés dans un but lucratif, vendus, exposés à des fins commerciales, détenus pour la vente, mis en vente ou transportés pour la vente* » : art. 57, §1 et art. 58, §1.

paragraphe 1 du Règlement n° 338/97⁴⁵. Quant à l'autre du 1^{er} décembre 2014, il tient compte de nouvelles espèces inscrites à l'annexe III de la Convention CITES ; ce qui nécessite de modifier l'annexe C du Règlement n° 338/97. Il fournit donc de nouvelles notes sur l'interprétation des quatre annexes et surtout remplace la totalité de l'annexe du Règlement n° 338/97 les présentant⁴⁶.

Même si ces règlements sont directement applicables en droit interne, les autorités françaises ont adopté des dispositions destinées à préciser leur application sur le territoire national, en retenant parfois des règles plus contraignantes.

B. *Les sources nationales*

Le commerce des espèces protégées est régi tant par des dispositions générales (1), que par des règles plus particulières comme celle interdisant le commerce de l'ivoire (2).

1. **Les dispositions générales**

C'est l'arrêté du 30 juin 1998 qui fixe les modalités d'application de la convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction et des règlements (CE) n° 338/97 du Conseil européen et (CE) n° 939/97 de la Commission européenne⁴⁷. Ainsi, l'introduction en provenance d'un territoire n'appartenant pas à l'Union européenne, l'exportation et la réexportation hors de l'Union européenne de spécimens des espèces figurant aux annexes A et B du règlement du 9 décembre 1996, ainsi que l'exportation et la réexportation hors de l'Union européenne de spécimens des espèces figurant à l'annexe C de ce règlement sont soumises à l'autorisation prévue à l'article L. 412-1 du code de l'environnement^{48,49}. Relèvent de la même autorisation la détention en vue de la vente, le transport en vue de la vente, la mise en vente, la vente, l'achat, l'acquisition à des fins commerciales, l'exposition à des fins commerciales, l'utilisation dans un but lucratif des spécimens des espèces figurant à l'annexe A du règlement de 1996. Cette autorisation ne peut notamment être accordée que lorsque les spécimens⁵⁰ ont été acquis ou introduits dans

⁴⁵ Art. 59 à 63. L'art. 62 prévoit notamment que la délivrance d'un certificat de dérogation ne s'applique pas aux spécimens travaillés depuis plus de cinquante ans auparavant au sens du Règlement n° 338/97 pour lesquels aucun certificat n'est alors exigé.

⁴⁶ Ces annexes sont ainsi mises à jour régulièrement en coordination avec la Convention CITES. D'autres règlements précédents avaient déjà opéré cette actualisation.

⁴⁷ JORF n°183 du 9 août 1998, modifié ensuite par les arrêtés du 23 décembre 2011 modifiant l'arrêté du 30 juin 1998 fixant les modalités d'application de la convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction et des règlements (CE) n° 338/97 du Conseil européen et (CE) n° 939/97 de la Commission européenne, JORF n°0299 du 27 décembre 2011 et 5 décembre 2018 portant modification de l'arrêté du 30 juin 1998 fixant les modalités d'application de la convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction et des règlements (CE) n° 338/97 du Conseil européen et (CE) n° 939/97 de la Commission européenne, JORF n°0294 du 20 décembre 2018.

⁴⁸ « La production, le ramassage, la récolte, la capture, la détention, la cession à titre gratuit ou onéreux, à travers tout support, y compris numérique, l'utilisation, le transport, l'introduction quelle qu'en soit l'origine, l'importation sous tous régimes douaniers, l'exportation, la réexportation de tout ou partie d'animaux d'espèces non domestiques et de leurs produits ainsi que de tout ou partie de végétaux d'espèces non cultivées et de leurs produits, dont la liste est fixée par arrêtés conjoints du ministre chargé de l'environnement et, en tant que de besoin, du ou des ministres compétents, s'ils en font la demande, sont soumis, suivant la gravité de leurs effets sur l'état de conservation des espèces concernées et des risques qu'ils présentent pour la santé, la sécurité et la salubrité publiques, à déclaration ou à autorisation de l'autorité administrative délivrée dans les conditions et selon les modalités fixées par un décret en Conseil d'État... ». Voir les articles R. 412-1 et s. du même Code.

⁴⁹ Art. 2.

⁵⁰ « Tout animal ou toute plante, vivant ou mort, ainsi que toute partie ou tout produit obtenus à partir de ceux-ci constituent un spécimen au sens du présent arrêté, sauf si ces parties ou produits sont exemptés de

l'Union européenne avant l'entrée en vigueur, pour les spécimens concernés, des dispositions relatives aux espèces inscrites à l'annexe I de la convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction, à l'annexe C 1 du règlement du 3 décembre 1982 ou à l'annexe A du règlement du 9 décembre 1996. De même pour les spécimens travaillés, quand ils ont été acquis plus de cinquante ans avant l'entrée en vigueur du règlement de 1996, à savoir les spécimens dont l'état brut naturel a été largement modifié pour en faire des bijoux, des objets décoratifs, artistiques ou utilitaires, ou des instruments de musique avant le 1^{er} juin 1947 et dont l'organe de gestion de l'État membre concerné a pu s'assurer qu'ils ont été acquis dans de telles conditions. De tels spécimens ne sont considérés comme spécimens travaillés que s'ils appartiennent clairement à l'une des catégories susmentionnées et peuvent être utilisés sans être sculptés, ouvragés ou transformés davantage⁵¹. Sont toutefois dispensées de cette autorisation les activités précitées relatives aux spécimens dont le détenteur peut apporter la preuve, à la requête des agents mentionnés à l'article L. 415-1 du code de l'environnement⁵², notamment qu'il s'agit de spécimens travaillés acquis plus de cinquante ans avant l'entrée en vigueur du règlement de 1996, au sens décrit ci-dessus⁵³. La détention en vue de la vente, le transport en vue de la vente, la mise en vente, la vente, l'achat, l'acquisition à des fins commerciales, l'exposition à des fins commerciales, l'utilisation dans un but lucratif des spécimens des espèces figurant à l'annexe B du règlement du 9 décembre 1996, sont eux soumis à l'autorisation du préfet du département du lieu de détention des spécimens⁵⁴. Enfin, l'introduction sur le territoire national en provenance d'un territoire n'appartenant pas à l'Union européenne, des spécimens des espèces figurant aux annexes C ou D du règlement de 1996 est également soumise à la déclaration prévue à l'article L. 412-1 du code de l'environnement⁵⁵.

En France, l'organe national de gestion CITES est la Direction générale de l'aménagement, du logement et de la nature. Le contrôle du respect de cette réglementation est notamment mené par la direction générale des douanes et droits indirects et d'autres services comme l'office central de lutte contre les atteintes à l'environnement et à la santé publique (OCLAESP) ou l'office national de la chasse et de la faune sauvage (ONCFS). Les permis et certificats sont délivrés par les directions

l'application des dispositions du règlement (CE) n° 338/97 du Conseil susvisé par une disposition spécifique de ce règlement ou des règlements pris pour son application », art. 1.

⁵¹ Art. 3-I.

⁵² La liste est longue. On y trouve notamment les officiers et agents de police judiciaire et les inspecteurs de l'environnement, les agents des douanes, les agents de police judiciaires adjoints mentionnés à l'article 21 du code de procédure pénale, qui exercent ces missions dans les limites et selon les modalités fixées par le code de procédure pénale...

⁵³ Art 3-II. Signalons aussi l'art. 4 qui permet aux fabricants ou aux restaurateurs, personnes physiques ou morales, d'objets composés de spécimens d'espèces figurant à l'annexe A du règlement du 9 décembre 1996 ou incluant de tels spécimens de bénéficier, dès lors que ces spécimens satisfont aux dispositions du 1^o de l'article 3 du présent arrêté, d'obtenir une autorisation générale de détention et de transport en vue de la vente, d'achat, d'acquisition à des fins commerciales, de transformation, d'exposition à des fins commerciales et d'utilisation dans un but lucratif desdits spécimens.

⁵⁴ Art. 5. Sont cependant dispensées de cette autorisation les activités relatives aux spécimens dont le détenteur peut apporter la preuve, à la requête des agents mentionnés à l'article L. 415-1 du code de l'environnement, qu'ils ont été acquis et, s'ils ne proviennent pas d'un État membre de l'Union européenne, qu'ils y ont été introduits conformément à la législation en vigueur en matière de conservation de la faune et de la flore sauvages.

⁵⁵ Art. 7 bis.

régionales en charge de l'environnement⁵⁶. Le non-respect du dispositif est passible de sanctions pénales⁵⁷.

De nombreux arrêtés ont précisé les conditions d'application de la réglementation CITES sur le territoire national. L'un d'eux a particulièrement interdit le commerce de l'ivoire d'éléphants et de la corne de rhinocéros.

2. Le cas particulier du commerce de l'ivoire

L'interdiction du commerce de l'ivoire d'éléphants et de la corne de rhinocéros sur le territoire national résulte d'un arrêté du 16 août 2016⁵⁸, modifié par un arrêté du 4 mai 2017⁵⁹.

Par principe, le transport à des fins commerciales, le colportage, l'utilisation commerciale, la mise en vente, la vente ou l'achat de défenses brutes et de morceaux d'ivoire brut, d'objets fabriqués après le 2 mars 1947⁶⁰ composés en tout ou partie d'ivoire d'éléphants⁶¹, de cornes brutes, de morceaux de corne brute et de poudre de corne ; d'objets fabriqués après le 2 mars 1947 composés en tout ou partie de corne de rhinocéros⁶² sont interdits sur tout le territoire national et en tout temps⁶³.

Des exceptions sont prévues pour les objets fabriqués après le 2 mars 1947 et avant le 1er juillet 1975⁶⁴ composés en tout ou partie d'ivoire ou de corne, lorsque la masse d'ivoire ou de corne présente dans l'objet est inférieure à 200 grammes, aux touches et têtes de jeux en ivoire des instruments de musique à clavier, aux archets des instruments à cordes frottées, à l'utilisation commerciale des spécimens d'ivoire ou de corne lorsqu'elle a pour seul but leur présentation au public à des fins scientifiques ou culturelles par des musées ou d'autres institutions de recherche ou d'information scientifiques ou culturelles et à la mise en vente, à la vente et à l'achat, dans un délai de neuf mois à compter de la publication du présent arrêté, des couverts de table neufs, autres objets de coutellerie ou pour fumeurs fabriqués avant le 18 août 2016⁶⁵ à l'aide d'ivoire dont l'ancienneté est antérieure au 18 janvier 1990⁶⁶.

⁵⁶ DREAL : direction régionale de l'environnement, de l'aménagement et du logement, DRIEE : direction régionale et interdépartementale de l'environnement et de l'énergie (uniquement en Ile-de-France), DEAL : direction de l'environnement, de l'aménagement et du logement en outre-mer.

⁵⁷ Art. L. 415-3 et s. du Code de l'environnement et 414 du Code des douanes.

⁵⁸ JORF n°0190 du 17 août 2016.

⁵⁹ portant modification de l'arrêté du 16 août 2016 relatif à l'interdiction du commerce de l'ivoire d'éléphants et de la corne de rhinocéros sur le territoire national, JORF n°0108 du 7 mai 2017.

⁶⁰ Le quantième et le mois correspondent au jour précédent celui de l'entrée en vigueur du Règlement (CE) n° 338/97 du Conseil du 9 décembre 1996. En effet, celui-ci est entré en vigueur le jour de sa publication au JOUE, soit le 3 mars 1997. Quant à l'année 1947, c'est en rapport avec la dérogation prévue par ce Règlement aux interdictions relatives aux activités commerciales pour les spécimens travaillés ayant été acquis plus de cinquante ans auparavant, soit plus de cinquante ans avant 1997, donc en 1947.

⁶¹ Les espèces visées sont : Eléphantidés, Eléphants d'Afrique (*Loxodonta* sp) et Eléphant d'Asie (*Elephas maximus*).

⁶² Les espèces protégées sont : Rhinocéros blancs, Rhinocéros blanc (*Ceratotherium simum*), Rhinocéros noir (*Diceros bicornis*), Rhinocéros de Sumatra (*Dicerorhinus sumatrensis*), Rhinocéros de Java (*Rhinoceros sondaicus*) et Rhinocéros indien (*Rhinoceros unicornis*).

⁶³ Art. 1-I et II.

⁶⁴ Cette date correspond à celle de l'entrée en vigueur de la Convention CITES. En conséquence, tous les objets fabriqués après cette date, hormis les autres exceptions, ne pourront faire l'objet d'aucune utilisation commerciale.

⁶⁵ Cette date est celle de l'entrée en vigueur de l'arrêté du 16 août 2016, soit le lendemain de sa publication au JO intervenue le 17 août 2016.

⁶⁶ Art 1-III. La date du 18 janvier 1990 marque le passage de ces espèces de l'annexe II à l'annexe I de la Convention CITES lors de la conférence des parties de Lausanne des 9-20 octobre 1989.

Des dérogations exceptionnelles aux interdictions peuvent être accordées⁶⁷. Les dérogations aux interdictions fixées aux I et II de l'article 1^{er} ne peuvent concerner que le commerce d'objets comprenant plus de 200 grammes d'ivoire ou de corne dont il est établi qu'ils ont été fabriqués après le 2 mars 1947 et avant le 1^{er} juillet 1975⁶⁸. Ces dérogations peuvent également viser la restauration d'objets fabriqués avant le 18 janvier 1990 réalisée avec de l'ivoire provenant de défenses brutes ou de pièces d'ivoire brut importées au sein de l'Union européenne avant cette même date et acquis légalement⁶⁹.

Sont soumis à la procédure déclarative prévue à l'article L. 412-1 du code de l'environnement, sur tout le territoire national et en tout temps, le transport à des fins commerciales, le colportage, l'utilisation commerciale, la mise en vente, la vente ou l'achat des objets fabriqués avant le 2 mars 1947 composés en tout ou partie d'ivoire d'éléphants d'Afrique (*Loxodonta sp.*) ou d'éléphant d'Asie (*Elephas maximus*), lorsque la proportion d'ivoire dans l'objet est supérieure à 20 % en volume, de corne de rhinocéros (*Rhinocerotidae sp.*), lorsque la proportion de corne dans l'objet est supérieure à 20 % en volume. Ces déclarations sont enregistrées dans une base de données nationale⁷⁰.

Enfin, la charge de la preuve de l'ancienneté des spécimens repose sur le détenteur de ceux-ci, par tout moyen d'expertise, et si nécessaire par radio-datation, sous réserve que le prélèvement y afférent d'ivoire ou de corne sur le spécimen à dater ne porte pas atteinte à la qualité de ce dernier⁷¹.

Évidemment, le marché de l'art est concerné par toute cette réglementation, particulièrement ce dernier arrêté ; elle met en situation délicate ses acteurs se retrouvant contraints à assumer de nouvelles obligations.

II. Les obligations à la charge des acteurs du marché de l'art

Les professionnels du marché de l'art sont soumis aux dispositions destinées à protéger les espèces protégées, à l'occasion des ventes qu'ils réalisent, qui ont ainsi mis à leur charge de nouveaux devoirs (A). Ayant pris conscience de la nécessité d'assurer cette protection, ils ont même opté pour une participation active à cette réglementation (B).

A. Les devoirs des acteurs du marché de l'art

⁶⁷ Art. 2. Il est alors fait application de l'art. L. 411-2-I, 4^o e) (« Pour permettre, dans des conditions strictement contrôlées, d'une manière sélective et dans une mesure limitée, la prise ou la détention d'un nombre limité et spécifié de certains spécimens ») et des art. R. 411-6 à R. 411-14 du code de l'environnement. La procédure applicable est celle définie par l'arrêté du 19 février 2007 fixant les conditions de demande et d'instruction des dérogations définies au 4^o de l'article L. 411-2 du code de l'environnement portant sur des espèces de faune et de flore sauvages protégées, JORF n^o92 du 19 avril 2007, dernièrement modifié par l'arrêté du 6 janvier 2020 modifiant les conditions d'instruction des dérogations définies au 4^o de l'article L. 411-2 du code de l'environnement, JORF n^o0025 du 30 janvier 2020. Par principe c'est le préfet du département du lieu de l'opération pour laquelle la dérogation est demandée qui est compétent et par exception à l'art. 3 de cet arrêté, sans consultation préalable.

⁶⁸ Comme il a été dit, cette date correspond à celle de l'entrée en vigueur de la Convention CITES. En conséquence, tous les objets fabriqués après cette date, hormis les autres exceptions, ne pourront faire l'objet d'aucune utilisation commerciale.

⁶⁹ L'arrêté ajoute que « ces dérogations ne dispensent pas de la délivrance des documents prévus par le règlement n^o 338/97 du 9 décembre 1996 susvisé, pour le transport et l'utilisation à des fins commerciales de certains spécimens des espèces citées au présent arrêté et figurant à l'annexe A dudit règlement. Ces documents mentionnent alors les dérogations aux interdictions fixées à l'article 1^{er} ». Il faut alors se reporter à l'art. 8, § 3 du Règlement.

⁷⁰ Art. 2 bis.

⁷¹ Art. 2 ter.

Les acteurs du marché de l'art sont ainsi assujettis aux dispositions exposées précédemment.

L'étude de la jurisprudence montre quelques condamnations pénales pour non-respect de ces impératifs par les propriétaires de ces espèces. Ainsi la chambre criminelle de la Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé par un prévenu coupable d'acquisition, de mise en vente et de détention d'animaux, vivants ou morts, dont les espèces ont un intérêt scientifique particulier, un rôle essentiel dans l'écosystème ou dont les nécessités de la préservation du patrimoine naturel justifient leur protection et de détention de biens culturels sans autorisation⁷². Elle a aussi cassé partiellement un arrêt de la cour d'appel de Caen à propos d'une vente aux enchères organisée par la veuve d'un ornithologue amateur et collectionneur, elle-même collectionneuse, d'une importante collection d'animaux naturalisés pour mise en vente irrégulière, détention irrégulière d'animal appartenant à une espèce non domestique protégée, détention et cession non autorisées d'animal appartenant à une espèce non domestique menacée d'extinction⁷³. Les acteurs du marché de l'art ne peuvent pas être personnellement poursuivis, sauf à démontrer une éventuelle complicité.

En revanche, ils sont susceptibles d'engager leur responsabilité, notamment en cas de prise ou de vente volontaire de meubles aux enchères publiques. Rappelons à ce sujet que les opérateurs et les experts, qui les assistent dans la description, la présentation et l'estimation des biens, engagent leur responsabilité au cours ou à l'occasion des prises et des ventes de meubles aux enchères publiques, conformément aux règles applicables à ces ventes⁷⁴. Or, le recueil des obligations déontologiques des opérateurs de ventes volontaires, élaboré par le Conseil des ventes volontaires de meubles aux enchères publiques (CVV)⁷⁵ prévoit à ce sujet que l'opérateur « *s'assure également de la légalité de la vente d'objets composés en totalité ou en partie d'éléments végétaux ou animaux au regard des stipulations de la convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction (CITES) et donne au public toutes les informations utiles à cet égard* »⁷⁶. C'est dire que les opérateurs doivent vérifier que le vendeur est bien en possession de l'autorisation administrative requise lorsque la vente porte sur des espèces protégées venant d'États tiers à l'Union européenne en relevant. À défaut ils doivent la solliciter en vertu du mandat qui les unit. Il leur faut aussi informer les enchérisseurs provenant d'un État tiers à l'Union de la nécessité d'une telle autorisation quand elle est requise pour transporter le bien dans leur pays d'origine en cas d'adjudication à leur profit.

Ces obligations s'imposent à tous les professionnels du marché de l'art qui doivent veiller au respect de la réglementation des espèces protégées exposée précédemment. Il existe en la matière des sites qui exposent clairement ces règles⁷⁷ ainsi que des guides⁷⁸ et même des experts spécialisés.

⁷² Crim. 25 juin 2019, pourvoi n° 18-83056.

⁷³ Crim. 11 septembre 2018, pourvoi n° 17-84545.

⁷⁴ Art. L. 321-17 C. com. Les clauses qui visent à écarter ou à limiter leur responsabilité sont interdites et réputées non écrites. Les actions en responsabilité civile engagées à l'occasion des prises et des ventes volontaires de meubles aux enchères publiques se prescrivent par cinq ans à compter de l'adjudication ou de la prise.

⁷⁵ Arrêté du 21 février 2012 portant approbation du recueil des obligations déontologiques des opérateurs de ventes volontaires de meubles aux enchères publiques, JORF n°0051 du 29 février 2012.

⁷⁶ Art. 1-5-4.

⁷⁷ V° CITES sur le site du ministère, ecologie.gouv.fr, et www.douane.gouv.fr

⁷⁸ Guide de bonnes pratiques pour l'identification des espèces à l'usage des autorités de

Ils doivent, en outre, se plier aux interdictions commerciales imposées à l'intérieur de l'Union, comme l'interdiction du commerce de l'ivoire⁷⁹ qui a soulevé une levée de boucliers de la part de tous les professionnels du marché de l'art en 2016 car ils ne la comprenaient pas. L'heure n'est plus à la critique du texte, mais à sa re-discussion à laquelle ils entendent participer.

B. *La participation des acteurs du marché de l'art à la protection des espèces protégées*

Là encore, c'est la profession d'opérateur de ventes volontaires qui est à l'initiative d'une proposition de réforme. Ainsi, la mission sur l'avenir de la profession⁸⁰ a exprimé le vœu que la réglementation sur l'ivoire soit simplifiée. Ils la qualifient d'« usine à gaz ». Ils dénoncent sa complexité et avouent leur perplexité face aux différents pourcentages qui rendent difficile, voire parfois impossible, l'application du dispositif⁸¹. Ils n'entendent pas remettre en cause la réglementation, dont ils partagent les objectifs liés à la biodiversité et la protection des espèces, mais préconisent qu'une étude soit menée sur la faisabilité d'une simplification de celle-ci afin d'assurer son application. Il semble que la réforme envisagée à l'échelle européenne aille bien au-delà...

En effet, la Commission européenne propose de nouvelles mesures plus strictes d'interdiction du commerce de l'ivoire pour lutter contre le braconnage des éléphants et le trafic de l'ivoire à l'échelle mondiale. À cette fin, elle a publié un projet qu'elle a soumis à la consultation du public. La proposition de la Commission interdit de faire le commerce de l'ivoire, à quelques exceptions près pour les instruments de musique acquis légalement avant 1975 et pour le commerce des antiquités dans l'UE, qui ne sera possible qu'avec un permis. Elle simplifie les règles et facilite le travail des services répressifs, afin de veiller à ce que le commerce très limité restant licite dans l'UE ne contribue pas au braconnage ou au trafic illégal.

Le CVV a répondu à cette consultation publique⁸², le 4 mars 2021. Voici sa réponse :

« Le Président mentionne la proposition de la Commission européenne visant à soumettre l'ensemble des transactions intracommunautaires à autorisation administrative et à interdire

Contrôle, UMS Patrimoine naturel, par Marie Di Simone, Arnaud Horellou, décembre 2020 (<https://www.actu-environnement.com/media/pdf/news-36826-guide-especes-cites-ums-patrimoine.pdf>) ; Guide d'identification de l'ivoire et de ses substituts, par Edgar O. Espinoza et Mary-Jacques Mann (<https://cites.org/sites/default/files/fra/resources/pub/F-Ivory-guide.pdf>).

⁷⁹ Voir notamment à ce sujet la Fiche pratique n° 11 du ministère de la transition écologique intitulée « déclaration de commerce d'antiquité » qui est destinée aux personnes ou établissements souhaitant mettre en vente un objet fabriqué avant le 3 mars 1947 qui comporte plus de 20% (en volume) d'ivoire d'éléphant ou de corne de rhinocéros. Voir à ce sujet les recommandations du CVV dans lesquelles il attire l'attention des opérateurs de ventes volontaires sur le respect de ces nouvelles règles et la vigilance dont ils doivent faire preuve, tout en les aidant sur le processus de déclaration qui s'effectue en deux temps : lors de la mise en vente, puis après adjudication, pour intégrer les coordonnées de l'acquéreur (la vente comme l'achat sont soumis à déclaration), avec des outils proposés par le ministère :- http://cites.info.application.developpementdurable.gouv.fr/IMG/pdf/20170627_fiche_per_mis_d_v2-4_vf_cle616262.pdf

- <http://cites.info.application.developpement-durable.gouv.fr/videos-tutorielles-declaration-commerce-antiquite-a356.html>

⁸⁰ Mission sur l'avenir de la profession d'opérateur de ventes volontaires par H. Chaubon et E. de Lamaze, décembre 2018.

⁸¹ Ils soulèvent des difficultés pratiques évidentes : « comment apprécier le poids de l'ivoire en valeur absolue ou relative dans le cas d'objets composés pour partie seulement d'ivoire, quand cette partie n'est pas dissociable ? Comment évaluer la proportion en volume de la part d'ivoire dans le cas d'un éventail possédant des bras en ivoire ? Comment estimer le poids des touches musicales d'un clavecin ? ».

⁸² <https://www.conseilsventes.fr/search/node/Ivoire>.

l'exportation hors de l'Union européenne de tout ivoire, que celui-ci soit brut ou travaillé, moderne ou ancien ».

Dans le cadre de la consultation publique, le Conseil a déposé la contribution suivante :

« Poursuivant un objectif général de protection et de préservation de l'éléphant, la réglementation en vigueur en France distingue les ivoires bruts et les ivoires récents (depuis 1975), des ivoires travaillés anciens.

Le commerce des ivoires bruts et des ivoires récents, propre à favoriser le braconnage des éléphants et le trafic illicite, est aujourd'hui interdit quand le commerce et la circulation des ivoires travaillés anciens, tels que les ivoires de Dieppe du XVIème siècle ou les netsukes japonais du XVIIIème, non susceptibles d'exploitation médicale ou industrielle, sont autorisés, sous contrôle administratif.

Les propositions de règlement et de document d'orientation soumises à la présente consultation entendent interdire toute exportation d'ivoire hors de l'Union européenne, ce qui aura pour conséquence d'empêcher de facto son commerce légal. Ces mesures concerneraient également les ivoires travaillés anciens qui seuls intéressent le commerce de l'art.

Il n'est cependant pas démontré que les transactions portant sur des ivoires anciens, non susceptibles d'exploitation, aient pu favoriser le trafic illicite. Les mesures envisagées paraissent donc disproportionnées au regard de l'objectif de protection et de préservation de l'espèce. Elles sont en outre de nature à détourner ces ivoires du marché légal qui permet d'en assurer la traçabilité, et à contribuer à créer un marché clandestin.

Il est en conséquence suggéré de préserver la circulation des ivoires, y compris entre l'UE et les pays tiers, tout en renforçant au niveau national les mesures de traçabilité et de contrôle. »

Le Président indique avoir saisi le ministre de la transition écologique et la ministre de la culture de cette question ».

Quelle que soit l'issue et le règlement européen finalement adopté, les acteurs du marché de l'art n'ont d'autre choix que de participer à la protection des espèces protégées comme à celle des biens culturels. Ils doivent relever ce nouveau défi, particulièrement lorsque les deux sortes de patrimoines - culturel et naturel - se rejoignent. La protection des biens communs constitue un intérêt supérieur auquel le marché de l'art ne peut que se soumettre.

La Convention de l'Unesco de 2001 sur la protection du patrimoine culturel subaquatique : un succès en demi-teinte

Mme Marine They,
Professeur de droit public à l'Université Sorbonne Paris Nord

Onze ans après l'entrée en vigueur de la Convention de l'UNESCO du 2 novembre 2001 sur la protection du patrimoine culturel subaquatique, le mécanisme de coopération internationale qu'elle met en place a enfin trouvé à s'appliquer, avec la première réunion du comité créé spécialement pour organiser la préservation du site des Bacs de Skerki¹ le 3 septembre 2020. Jusqu'à présent, les dispositions de la Convention relatives à la protection des épaves submergées dans les eaux internationales étaient restées lettres mortes et il est à espérer que cet événement mettra en lumière l'efficacité du dispositif. En effet, le texte ne rencontre encore qu'un succès mitigé, dans la mesure où il ne compte actuellement que 62 États parties. La dernière conférence des États parties à la Convention a même mis en lumière le fait que certains ressortissants d'États parties et certains navires battant pavillon d'États parties s'adonnaient au pillage et à l'exploitation d'épaves historiques dans des États non parties². En dépit des efforts accrus des organes de suivi de la Convention de l'UNESCO en ce sens, les préoccupations liées à la nécessité de protéger les épaves et autres vestiges submergés en mer demeurent en outre encore largement inconnues du grand public, quoique ceux-ci exercent une fascination certaine.

Le patrimoine culturel gisant au fond des mers est pourtant bel et bien menacé, particulièrement par l'accès croissant aux nouvelles technologies. Le *Titanic* ou encore les galions espagnols qui reliaient le continent américain à l'Espagne comptent parmi les 3 millions d'épaves de navires submergées recensées par l'UNESCO, et dont la cargaison attise les convoitises de chasseurs de trésors désireux d'en tirer des profits pouvant parfois atteindre des sommes considérables³. Bien qu'elle repose à près de 4000 mètres de profondeur, l'épave du *Titanic* a été explorée et dépouillée des artefacts qu'elle abritait à de nombreuses reprises à l'aide d'équipements tels que des sous-marins de poche ou encore des robots télécommandés⁴. Depuis quelques années, aucun site de valeur culturelle – même situé dans la Zone internationale des fonds marins – ne peut donc échapper aux activités de localisation et de fouille⁵. Des menaces incidentes

¹ Le site comprend cinq épaves romaines et probablement aussi des épaves datant de la seconde guerre mondiale. http://www.unesco.org/new/fr/member-states/single-view/news/cooperation_in_international_waters_first_information_me (visité le 11/09/2021).

² Conférence des États parties à la Convention de l'UNESCO de 2001, 7^e session, *Résolutions*, 20-21 juin 2019, UNESCO Doc. UCH/19/7. MSP/14, Résolution 4/MSP 7, § 3, d).

³ La valeur d'une partie des artefacts récupérés de l'épave du *Titanic* par une entreprise de sauvetage américaine a ainsi été estimée à plus de 110 millions de dollars. *R.M.S. Titanic, Inc. v. The wrecked and abandoned vessel*, 742 F.Supp.2d 784 at 787 (E.D.Va. 2010).

⁴ DROMGOOLE (S.), *Underwater cultural heritage and international law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, p 4.

⁵ *Étude de faisabilité sur la rédaction d'un nouvel instrument pour la préservation du patrimoine culturel subaquatique*, 23 mars 1995, UNESCO Doc. 146 EX/27, § 8. En France, les archéologues du Département des recherches archéologiques subaquatiques et sous-marines (DRASSM) testent d'ailleurs de nouvelles techniques de recherche en eaux très profondes (jusqu'à 1000 mètres) menées à l'aide d'un robot humanoïde qui sera bientôt capable d'explorer une épave avec le doigt d'un archéologue dans les zones abyssales. À consulter sur Le Monde, 25 avril 2016 : https://www.lemonde.fr/archeologie/article/2016/04/25/le-plongeur-de-demain-sera-humanoide_4908273_1650751.html. (visité le 1/06/2021). Voir également le supplément science et médecine n° 22291 du journal *Le Monde* du 14 septembre 2016.

proviennent par ailleurs de la pêche en eaux profondes, de l'extraction des minéraux et de la construction de pipelines⁶.

Or, les archéologues et les historiens considèrent ces vestiges du passé comme étant tout aussi importants que le patrimoine terrestre pour la connaissance de l'humanité. Plus encore, ils constitueraient des « capsules de temps », des sources d'information uniques sur les techniques anciennes de construction navale, sur la vie à bord et sur les voies commerciales, tandis que l'étude des pièces de bois composant les navires délivre des renseignements sur les origines de ces derniers⁷. Beaucoup moins nombreux, les restes d'aéronefs sont exposés aux mêmes dangers de pillage et de destruction et peuvent eux aussi revêtir une valeur historique considérable, à l'instar du *Lockheed Lightning P-38 223* d'A. de Saint-Exupéry et qui a été retrouvé en Méditerranée⁸. Près des côtes, les ruines submergées et autres traces d'habitats humains subissent des dommages principalement causés par la navigation et les aménagements portuaires, la récupération pouvant être plus facilement contrôlée par application de la législation territoriale de l'État côtier. Ont ainsi été découverts la ville de Port-Royal détruite par un tremblement de terre en 1692 en Jamaïque, ou encore les vestiges du phare et du palais de Cléopâtre dans la baie d'Alexandrie⁹. Le continent européen compte par ailleurs de nombreux ouvrages portuaires submergés¹⁰.

Le patrimoine culturel de la mer est à l'origine de problèmes bien distincts de ceux générés par la protection du patrimoine terrestre, ce qui a justifié l'adoption d'un instrument spécifique au sein de l'UNESCO, indépendant de la Convention sur le patrimoine mondial, culturel et naturel de 1972¹¹. Les biens culturels sous-marins meubles présentent en effet la particularité de ne pas reposer sur une assise territoriale et, comme le montre l'exemple du *Titanic*, peuvent même avoir été découverts en haute mer. Il faut ainsi déterminer l'État compétent pour prendre des mesures dans ces zones soustraites à toute souveraineté étatique. De plus, le lieu de submersion d'un élément du patrimoine sous-marin présente un caractère purement fortuit, n'étant dû la plupart du temps qu'à une perte, à un naufrage ou à tout autre accident de navigation. Certains États pourraient ainsi se prévaloir d'un facteur de rattachement quelconque (historique, culturel, patrimonial...) avec une épave ou un objet particulier, même lorsque ces derniers sont situés dans des eaux étrangères. Par ailleurs, l'État propriétaire d'un navire ou d'un aéronef naufragé disposant de la technologie nécessaire à sa récupération manifesterait généralement la volonté d'en extraire la cargaison, qu'il aura préalablement évaluée. Enfin, les États pourraient se trouver confrontés à des revendications formulées non pas par leurs pairs mais par des personnes privées qui opposeraient le maintien de leurs droits de propriété sur des biens qu'elles auraient perdus en mer, ou

⁶ Voir notamment <http://www.unesco.org/new/fr/culture/themes/underwater-cultural-heritage/events-archive/international-meeting-on-the-protection-of-underwater-cultural-heritage-sites-paris-22-23-september-2016/> (visité le 11/09/2021).

⁷ Étude de faisabilité..., op. cit., n. 4, § 4.

⁸ <http://www.unesco.org/new/fr/culture/themes/underwater-cultural-heritage/underwater-cultural-heritage/wrecks> (visité le 11/09/2021).

⁹ <http://www.unesco.org/new/fr/culture/themes/underwater-cultural-heritage/underwater-cultural-heritage/ruins-caves-and-wells/> (visité le 11/09/2021).

¹⁰ <http://www.unesco.org/new/fr/culture/themes/underwater-cultural-heritage/underwater-cultural-heritage/traces-of-marine-exploitation/> (visité le 11/09/2021).

¹¹ L'intérêt de se concentrer sur le patrimoine culturel sous-marin a été bien mis en avant par la Commission du droit international dans son rapport de 1996. *Rapport de la CDI sur les travaux de sa quarante-huitième session*, 6 mai-26 juillet 1996, A/51/10, Add. 2, § 1. Pour plus de développements, voir THEY (M.), *La protection internationale du patrimoine culturel de la mer : les compétences de l'État sur les biens culturels submergés*, Leiden, Brill Nijhoff, 2018, 655 p.

encore qui affirmeraient avoir acquis des droits réels à la suite du sauvetage d'un élément du patrimoine culturel.

La question de la protection internationale des biens culturels submergés en mer a d'abord été débattue lors de la III^{ème} Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer, à l'initiative des États méditerranéens¹². Fruits de ces discussions, l'article 303 de la Convention de Montego Bay (inséré dans la partie générale) prescrit notamment aux États de protéger les objets historiques et archéologiques découverts en mer et de coopérer à cette fin, et contient un paragraphe relatif au contrôle, par l'État côtier, de l'enlèvement des objets situés dans sa zone contiguë, tandis que l'article 149 impose de conserver ou de céder ces objets découverts dans la Zone internationale des fonds marins dans l'intérêt de l'humanité. Puis en 1978, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a adopté la Recommandation 848 (1978)¹³, premier instrument international à s'intéresser spécifiquement au « patrimoine culturel subaquatique » et à considérer les objets historiques et archéologiques submergés en mer comme éléments de ce patrimoine. Le sujet a ensuite été abordé au sein de l'Organisation maritime internationale (OMI) durant les négociations de la Convention de Londres de 1989 sur l'assistance, au travers de la question de la rémunération éventuellement accordée aux gens de mer ayant procédé au sauvetage d'épaves historiques. À l'issue de nombreux débats, les épaves et biens retrouvés en mer ont été inclus dans le champ d'application de la Convention, à charge ensuite pour les États parties de formuler une réserve s'ils refusaient de leur appliquer le droit du sauvetage (article 30, § 1, d).

Mais les travaux spécifiquement consacrés à la protection du patrimoine culturel subaquatique ont commencé en 1989, au sein du Committee on Cultural Heritage Law de l'International Law Association (ILA) spécialement créé à cet effet, sous la présidence du professeur P. J. O'Keefe. Le Comité soulignait la nécessité de déterminer comment contrôler les fouilles entreprises sur des éléments du patrimoine submergés au-delà de la mer territoriale ou, le cas échéant, les vestiges déjà récupérés depuis cette zone¹⁴. Les recherches menées par le Comité ont abouti à la rédaction de trois projets de texte, le projet de convention de Buenos Aires sur la protection du patrimoine culturel subaquatique ayant été définitivement adopté en 1994¹⁵. Les experts de l'ILA y ont par ailleurs incorporé en annexe le projet de charte relative à la gestion du patrimoine culturel subaquatique élaboré par le Comité international sur le patrimoine culturel sous-marin du Conseil international des monuments et des sites (ICOMOS)¹⁶. L'UNESCO s'est alors saisie de la question et a poursuivi les travaux sur la base de ce projet, bien décidée à rédiger un instrument international contraignant plutôt qu'une

¹² NANDAN (S.N.), LODGE (M.W.) and ROSENNE (S.) (eds), *United Nations Convention on the law of the sea : 1982 : a commentary*, vol. VI, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 2002, pp. 227 et ss.

¹³ Conseil de l'Europe, Assemblée parlementaire, Recommandation 848 (1978) relative au patrimoine culturel subaquatique.

¹⁴ ILA, Report of the sixty-fourth conference, Committee on cultural heritage law : first report (Rapporteur : M. James A. R. Nafziger), Queensland, 1990, p. 208.

¹⁵ ILA, Report of the sixty-sixth conference, Buenos Aires draft convention on the protection of the underwater cultural heritage : draft report (Rapporteur : M. James A. R. Nafziger), Buenos Aires, 1994, p. 14. Ce texte était inspiré du projet de Convention européenne de 1985. DROMGOOLE (S.), op. cit., n. 4, p. 50.

¹⁶ Il aborde des sujets tels que la conception et le financement de la recherche, les objectifs scientifiques, les méthodes et techniques d'investigation, les qualifications des chercheurs, les recherches préliminaires, la collaboration, la documentation, la conservation, la sécurité, la déclaration, le dépôt d'archives et la diffusion de l'information.

recommandation¹⁷. Le texte final a été soumis à la Conférence générale de l'UNESCO lors de sa 31^e session et a finalement été approuvé le 2 novembre 2001, par 87 voix en faveur, 4 contre¹⁸ et 15 abstentions¹⁹, certains États ayant regretté qu'il n'ait pas fait l'objet d'une seconde lecture avant l'adoption du projet en plénière²⁰. La Convention est entrée en vigueur le 2 janvier 2009.

Contrairement à la plupart des instruments internationaux adoptés en matière de protection des biens culturels, la Convention définit son champ d'application matériel avec précision. Elle protège, en mer, « toutes les traces d'existence humaine présentant un caractère culturel, historique ou archéologique qui sont immergées, partiellement ou totalement, périodiquement ou en permanence, depuis 100 ans au moins » (article 1, (a))²¹. Il peut s'agir notamment de « sites, structures, bâtiments, objets et restes humains, ainsi que leur contexte archéologique et naturel » (article 1, (a), (i)), de « navires, aéronefs, autres véhicules ou toute partie de ceux-ci, avec leur cargaison ou autre contenu, ainsi que leur contexte archéologique et naturel » (article 1, (a), (ii)), ou encore d'« objets de caractère préhistorique » (article 1, (a), (iii)). Les sites et paysages n'ayant pas été façonnés par la main de l'homme ont, quant à eux, été définitivement exclus du domaine couvert par la Convention²². Les Règles de l'Annexe sont également susceptibles de s'appliquer *ratione loci* aux eaux continentales qui ne présentent pas un caractère maritime si un État en manifeste la volonté dans son acte de ratification, d'approbation ou d'adhésion (article 28).

Au regard de son champ d'application, le contenu de la Convention de l'UNESCO de 2001 doit s'articuler avec celui d'autres instruments et, en particulier, avec les dispositions de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (ci-après Convention de Montego Bay ou CNUDM). L'article 3 de la Convention de l'UNESCO de 2001 précise d'ailleurs bien que ses dispositions doivent être interprétées et appliquées « dans le contexte de et en conformité avec les dispositions du droit international, y compris la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer ». D'autres instruments tels que la Convention européenne pour la protection du patrimoine archéologique (révisée) de 1992 (ou Convention de La Valette) sont susceptibles de prescrire un certain comportement à l'État dans les eaux territoriales duquel reposent des biens culturels. La Convention de l'UNESCO de 2001 encourage

¹⁷ *Étude de faisabilité...*, *op. cit.*, n. 5, § 40. Notons également que la Commission du droit international (CDI) a elle aussi manifesté un intérêt pour le patrimoine culturel sous-marin en 1993 – sous l'angle spécifique de la protection et de la propriété des épaves au-delà des limites de juridiction nationale – en incluant le sujet dans son programme de travail à long terme. CDI, *Schémas établis par des membres de la Commission sur divers sujets de droit international*, « Protection et propriété des épaves au-delà des limites de la juridiction maritime nationale » (D.W. Bowett), 9 novembre 1993, A/CN.4/454, pp. 227-229. Le projet semble avoir été abandonné par la suite.

¹⁸ La Norvège, la Russie, la Turquie et le Venezuela.

¹⁹ L'Allemagne, le Brésil, la Colombie, la France, la Guinée-Bissau, la Grèce, l'Islande, Israël, le Paraguay, les Pays-Bas, la République Tchèque, le Royaume-Uni, la Suède, la Suisse, et l'Uruguay.

²⁰ Ce fut notamment le cas des Pays-Bas, dont l'intervention est reproduite dans GARABELLO (R.) and SCOVAZZI (T.) (eds), *The protection of the underwater cultural heritage : before and after the 2001 UNESCO Convention*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2003, p. 244.

²¹ Il ressort des travaux préparatoires que cette limite temporelle a été adoptée principalement pour des raisons de sécurité juridique, dans le souci de donner une définition objective du patrimoine culturel subaquatique. Sur cette question, voir not. *Rapport du Directeur général...*, *op. cit.*, n. 38, §§ 17, 18, 20, et 21 ; *Rapport final de la deuxième réunion d'experts...*, *op. cit.*, n. 40, § 17.

²² Sur cette question, voir le *Rapport du Directeur général sur les résultats de la réunion d'experts concernant l'élaboration d'un instrument international sur la protection du patrimoine culturel subaquatique*, 12 mars 1997, UNESCO Doc. 151 EX/10, § 9. Durant la 3^{ème} Conférence des États parties à la Convention de l'UNESCO, la délégation roumaine a demandé si les monuments naturels étaient inclus dans le champ d'application du texte, ce à quoi le Secrétariat a apporté une réponse négative.

d'ailleurs les États parties à conclure des accords bilatéraux, régionaux ou d'autres accords multilatéraux en conformité avec ses dispositions (article 6, § 1). La Convention de 1972 sur le patrimoine mondial pourrait elle aussi trouver à s'appliquer, même si elle ne touchera qu'un nombre très restreint d'éléments du patrimoine culturel sous-marin. Outre le fait qu'elle ne vise que le patrimoine terrestre – et n'est susceptible de concerner que les sites submergés dans les eaux intérieures, territoriales ou archipélagiques – elle ne protège que les éléments de « valeur universelle exceptionnelle » et n'inclut pas les biens meubles dans son champ d'application. Or, les fouilles subaquatiques visent très souvent des objets déjà détachés du site principal.

La Convention de 2001 et son Annexe²³ imposent aux parties d'assurer la protection du patrimoine culturel subaquatique soit directement, soit – au-delà des zones de souveraineté – par l'intermédiaire d'un État coordonnateur. Ses dispositions reposent sur plusieurs principes. Les États ont tout d'abord l'obligation de préserver le patrimoine culturel subaquatique et, à ce titre, la préservation *in situ* au fond de la mer doit être considérée comme l'option première avant d'autoriser ou d'entreprendre toute opération de récupération sur le site. Celle-ci ne sera justifiée que lorsqu'elle contribuera de manière significative à la protection ou à la connaissance du patrimoine culturel subaquatique. À l'instar des principes qui s'appliquent déjà au patrimoine terrestre, les biens culturels sous-marins ne doivent pas faire l'objet de transactions commerciales ou de spéculation, toutes deux de nature à entraîner leur dispersion irrémédiable. Enfin, les États parties ont l'obligation de coopérer et de partager les informations, d'œuvrer en faveur de la formation en archéologie sous-marine et d'attirer l'attention du public sur l'importance du patrimoine culturel subaquatique.

Le suivi de la Convention est assuré par la Conférence des États parties, convoquée par le Directeur général de l'UNESCO au moins tous les deux ans. Les recommandations formulées par la Conférence des États parties s'appuient principalement sur les travaux annuels du Conseil consultatif, scientifique et technique, organe composé de 12 membres qu'elle est chargée d'élire – parmi les experts dont la candidature est présentée par les États parties²⁴. En plus d'apporter son expertise scientifique et technique à la mise en œuvre des Règles de l'Annexe²⁵ (et d'avoir très largement contribué à l'élaboration des Directives opérationnelles adoptées en 2013²⁶), il fournit une assistance aux États parties sur des questions relatives au patrimoine culturel subaquatique.

La déclaration formulée par le délégué américain lors de l'adoption du texte final est très représentative des réticences affichées par les puissances maritimes et résume les raisons pour lesquelles la Convention de l'UNESCO sur la protection du patrimoine culturel subaquatique n'a pas reçu l'accueil escompté. Comme beaucoup de leurs pairs, les États-Unis ont montré leur adhésion à la plupart des principes généraux figurant dans le préambule et dans le texte ainsi qu'aux Règles annexées à la Convention²⁷. Ils

²³ Par la suite, celle-ci pourra être désignée comme la Charte de l'ICOMOS, ou encore comme les Règles de l'Annexe.

²⁴ Statuts du Conseil consultatif scientifique et technique auprès de la Conférence des États parties à la Convention sur la protection du patrimoine culturel subaquatique, 26/27 mars 2009, UNESCO Doc. CLT/CIH/MCO/2009/PI/100, article 3, (a).

²⁵ *Eod. loc.*, article 1, (a), (i).

²⁶ Directives opérationnelles pour la Convention sur la protection du patrimoine culturel subaquatique, août 2013, UNESCO Doc. CLT/CEH/CHP/2013/OG/H/1.

²⁷ *Statement of R. C. Blumberg, U.S. observer delegate to the 31st UNESCO General Conference, to Commission IV of the General Conference, regarding the U.S. views on the UNESCO Convention on the protection of underwater cultural*

regrettaient cependant que les négociations n'aient pas permis d'obtenir un consensus sur certaines des dispositions principales, notamment sur l'étendue de la juridiction de l'État côtier au-delà de la limite externe de la mer territoriale et sur la question du contrôle auquel peut prétendre l'État du pavillon d'un navire de guerre (ou assimilé) naufragé dans des eaux étrangères²⁸.

L'exclusion quasi totale de l'application du droit du sauvetage commercial (*salvage law*) et du droit des trésors (*law of finds*)²⁹ a également constitué un sujet de discorde lors des négociations. La mobilisation dont le Comité maritime international³⁰ a fait preuve au cours des négociations de la Convention de l'UNESCO a d'ailleurs montré à quel point la volonté d'offrir une protection adéquate aux sites submergés en mer était susceptible de nuire aux intérêts de l'industrie du sauvetage, particulièrement active aux États-Unis³¹. En dépit de sa prétention à l'universalité, la Convention a surtout été ratifiée par des États d'Amérique latine et d'Europe, un certain nombre étant également des États du bassin méditerranéen. Pour ne citer que quelques exemples, l'Allemagne, les États-Unis, la Grèce³², les Pays-Bas et le Royaume-Uni ne sont toujours pas parties à l'instrument, auquel il n'est par ailleurs pas possible de formuler des réserves (article 30).

En dépit des réticences affichées par les puissances maritimes, les dispositions de la Convention ne bouleversent pas l'équilibre établi par la CNUDM entre les pouvoirs reconnus à l'État côtier et ceux reconnus à l'État du pavillon. Les revendications en faveur de l'extension de la juridiction de l'État côtier aux fins d'une meilleure protection des biens culturels submergés n'ont pas été entendues, de même que celles qui tendaient à une réduction des libertés de l'État du pavillon (I). En revanche, en ce qui concerne les modalités de la protection, le texte fait dans l'ensemble abstraction des intérêts subjectifs dont peuvent se prévaloir des États ou même des individus sur les éléments du patrimoine. Il s'agit avant tout d'assurer une protection idoine à ces derniers, en confiant aux États parties une véritable responsabilité plutôt qu'un pouvoir et en laissant à ces États responsables le soin d'apprécier si les droits qui leur sont opposés méritent d'être pris en considération sans nuire à la mission de protection dont ils sont investis (II).

I. Le refus de bouleverser l'équilibre établi par le droit de la mer

Les négociations de la Convention de l'UNESCO ont fait apparaître un clivage entre deux groupes d'États. Les premiers, principalement méditerranéens et soucieux d'assurer la meilleure protection possible au patrimoine culturel subaquatique, souhaitent que l'État côtier puisse bénéficier d'une compétence qui s'étendrait en mer

heritage, october 29, 2001. Il faut cependant préciser qu'à cette époque, les États-Unis ne pouvaient pas voter puisqu'ils étaient sortis de l'UNESCO.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ En vertu du droit du sauvetage, quiconque a procédé à la récupération d'une épave avec diligence peut obtenir une rémunération pour service rendu tandis que le droit des trésors permet d'en obtenir la propriété s'il est démontré que le propriétaire initial a renoncé à son titre.

³⁰ Il s'agit d'une organisation non gouvernementale fondée par l'ILA en 1897 en vue de parvenir à l'unification du droit maritime. Elle regroupe des représentants des différentes associations nationales de droit maritime.

³¹ Un Protocole à la Convention de 1989 sur l'assistance avait même été proposé pour adoption au sein de l'OMI, étant entendu que cette démarche était préférée à la rédaction d'un nouvel instrument sous l'égide de l'UNESCO. Le texte est reproduit dans CMI International working group on salvage, « Draft convention on the protection of the underwater cultural heritage », *CMI Yearbook*, 1999, p. 360.

³² L'exemple de la Grèce est notoire car il s'agit d'un État particulièrement intéressé à la protection du patrimoine culturel subaquatique du fait de la richesse des vestiges situés dans ses eaux.

aux activités menées sur les biens submergés sur son plateau continental et dans sa zone économique exclusive. Les seconds, principalement des puissances maritimes, refusaient que ne soit porté atteinte aux droits et libertés que la Convention de Montego Bay reconnaît à l'État du pavillon et craignaient une « juridiction rampante » de l'État côtier. Les dispositions de la Convention de l'UNESCO de 2001 n'ont donc pas pour effet d'étendre la compétence de l'État côtier dans la limite des 200 milles marins (A). En outre, s'il n'était pas question d'assimiler les éléments du patrimoine submergé en mer aux ressources naturelles du plateau continental et de la zone économique exclusive, celles-ci devaient pouvoir continuer à être exploitées sans difficulté. Les droits souverains de l'État côtier sont donc préservés par la Convention au même titre que les droits de l'État du pavillon (B).

A. *Le refus d'étendre les compétences de l'État côtier jusqu'à 200 milles marins*

L'article 7, § 1, de la Convention de l'UNESCO sur la protection du patrimoine culturel subaquatique prévoit que « [d]ans l'exercice de leur souveraineté, les États parties ont le droit exclusif de réglementer et autoriser les interventions sur le patrimoine culturel subaquatique présent dans leurs eaux intérieures, leurs eaux archipélagiques et leur mer territoriale ». La « souveraineté archéologique » de l'État côtier a donc pu être reconnue sans difficulté dans la zone des 12 milles marins dans la mesure où celui-ci bénéficie d'une pleine compétence dans ses eaux intérieures, territoriales et archipélagiques en vertu du droit de la mer. En revanche, la CNUDM se révélant ambiguë s'agissant des pouvoirs de l'État côtier à l'égard des objets retrouvés dans sa zone contiguë, les dispositions de la Convention de l'UNESCO ont pu sans trop de difficulté lui accorder une compétence normative dans cette zone (1). Au-delà et jusqu'à la limite externe des 200 milles marins, l'État du pavillon conserve ses prérogatives et l'État côtier ne se voit confier qu'un rôle de coordonnateur (2).

1. **La reconnaissance d'une compétence normative dans la zone contiguë**

L'article 8 de la Convention de l'UNESCO de 2001 est formulé comme suit :

« Sans préjudice, et en sus, des articles 9 et 10, ainsi qu'en application de l'article 303, paragraphe 2, de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, les États parties peuvent réglementer et autoriser les interventions sur le patrimoine culturel subaquatique dans leur zone contiguë. Ce faisant, ils prescrivent l'application des Règles ».

Conformément au droit de la mer, la Convention n'octroie pas de droit exclusif à l'État côtier pour réglementer et autoriser les interventions sur le patrimoine culturel subaquatique situé dans sa zone contiguë. En vertu de la CNUDM en effet, l'État côtier n'y jouit pas d'une pleine compétence. Il ne peut y exercer ses pouvoirs que de façon fragmentaire (car limitée aux actes d'intervention dans la zone contiguë de 24 milles), spécialisée dans le domaine douanier, fiscal et de l'immigration, et finalisée à la prévention et à la répression des infractions à ses lois et règlements y relatifs, lorsqu'elles sont susceptibles d'être commises ou ont été commises dans sa mer territoriale ou sur son territoire (article 33, § 1 de la Convention de Montego Bay).

L'article 8 de la Convention de l'UNESCO reconnaît une compétence à l'État côtier pour « réglementer et autoriser les interventions sur le patrimoine culturel subaquatique » dans sa zone contiguë, ce qui conduit à reconnaître dans cette zone une compétence normative qui n'est *a priori* pas prévue par le droit de la mer. Mais cette

disposition doit également être lue comme une application de l'article 303, § 2 de la CNUDM, rédigé de façon très ambiguë à cet égard :

« Pour contrôler le commerce [des] objets [historiques ou archéologiques], l'État côtier peut, en faisant application de l'article 33, considérer que leur enlèvement du fond de la mer dans la zone visée à cet article, sans son approbation, serait cause d'une infraction sur son territoire ou dans sa mer territoriale, aux lois et règlements de l'État côtier visés à ce même article ».

Pour le professeur T. Treves, l'article 303, § 2 de la Convention de Montego Bay porte création d'une véritable zone de compétence spécifique, la « zone archéologique »³³. Selon cette disposition cependant, les pouvoirs de l'État côtier ne peuvent s'exercer qu'en vue du contrôle du commerce des objets historiques et archéologiques submergés. Par ailleurs, seul leur « enlèvement » peut être sanctionné. Cette formulation correspond bien à la logique de la zone contiguë, dans laquelle l'État côtier ne jouit pas de la reconnaissance d'une pleine compétence. Dans cet esprit, il semblerait que l'article 303, § 2 n'autorise pas l'État côtier à agir de manière générale suite à n'importe quel fait préjudiciable à l'intégrité du patrimoine culturel sous-marin, mais qu'il se contente de préciser une compétence déjà existante³⁴. En second lieu, l'État côtier doit agir « en faisant application de l'article 33 » et l'enlèvement du fond de la mer doit s'être produit « dans la zone visée à cet article ». *A priori*, il n'était donc pas question pour les auteurs du texte d'asseoir la compétence de l'État côtier sur une zone distincte de la zone contiguë. Le recours au procédé de la fiction juridique conduit plutôt à nier la reconnaissance de nouvelles compétences à l'État côtier dans le texte. La règle énoncée à l'article 303, § 2 confirme en effet expressément que l'exercice des pouvoirs normatifs est limité au territoire de l'État côtier ou à sa mer territoriale. Elle reflète le droit désiré par certains États – en faveur de la protection des objets – lors des négociations de la Convention de Montego Bay, sans pour autant modifier le droit existant. La genèse de l'article 303, § 2, de la Convention de Montego Bay révèle que la disposition résulte d'un compromis entre les États désireux d'étendre les compétences de l'État côtier à une zone de 200 milles marins en vue de contrôler les objets historiques et archéologiques (et notamment la Grèce et le Cap-Vert), et ceux qui craignaient une juridiction rampante de l'État côtier³⁵. La disposition fut adoptée par consensus, étant considérée comme reflétant l'approche la plus conciliante³⁶.

Alors que la fiction juridique introduite dans la Convention de Montego Bay laisse à penser qu'aucune compétence législative n'est reconnue à l'État côtier dans sa zone contiguë, la Convention de l'UNESCO semble au contraire l'autoriser à exercer ses pouvoirs normatifs sur les objets situés dans cet espace. Il est, par conséquent, légitime de s'interroger sur les relations qu'entretiennent les deux dispositions : s'agit-il de relations de conflit ou d'interprétation³⁷ ? Deux règles conventionnelles portant sur la même matière sont en conflit notamment lorsque le respect de l'une des règles par l'une

³³ TREVES (T.), « La nona sessione della conferenza sul diritto del mare », *RDI*, vol. 63, 1980, p. 442.

³⁴ BEURIER (J.-P.), « Pour un droit international de l'archéologie sous-marine », *RGDIP*, t. 93, 1989, p. 52.

³⁵ NORDQUIST (M.H.), ROSENNE (S.) and SOHN (L.B.) (eds), *United Nations Convention on the law of the sea : 1982 : a commentary*, vol. V, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1989, pp. 159-161.

³⁶ *Report of the President on the work of the informal plenary meeting of the Conference on general provisions*, 22 août 1980, A/CONF.62/L.58, §§ 13-15.

³⁷ *Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, Rapport du groupe d'étude de la CDI (Rapporteur : M. Martti Koskenniemi), 13 avril 2006, A/CN.4/L.682, § 14.

des parties aux deux traités suppose la violation de l'autre³⁸. En l'occurrence, les deux dispositions conventionnelles portent bien sur la même matière, à savoir le contrôle de l'État côtier sur les biens culturels sous-marins situés dans sa zone contiguë. Or, l'article 303, § 2, de la Convention de Montego Bay masque la nécessité pour l'État côtier d'adopter des lois, règlements ou, dans tous les cas, des décisions relatifs à l'autorisation d'enlèvement des objets situés dans sa zone contiguë. En dépit du recours au procédé de la présomption ou de la fiction, il est donc tout à fait envisageable que des exigences liées à un besoin de sécurité juridique obligent l'État côtier à adopter une législation spécifique qui lui permettra de fonder une autorisation ou un refus. Dans ces conditions, la règle énoncée à l'article 8 de la Convention de l'UNESCO peut être harmonisée avec celle qui figure à l'article 303, § 2, de la Convention de Montego Bay. Une telle conclusion découle d'ailleurs de la lecture des deux textes.

Le premier refuse que ses dispositions portent atteinte aux droits, aux devoirs et à la juridiction des États prévus par le droit de la mer et prescrit d'être interprété dans le contexte de (et en conformité avec les dispositions de) la Convention de Montego Bay (article 3). Par ailleurs, les droits reconnus par la Convention de l'UNESCO à l'État côtier dans sa zone contiguë le sont « en application de l'article 303, paragraphe 2, de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer » (article 8). De son côté, la Convention de Montego Bay énonce que « [l'article 303] est sans préjudice des autres accords internationaux et règles du droit international concernant la protection des objets de caractère archéologique ou historique » (article 303, § 4). Les auteurs s'accordent à considérer que les règles et accords ainsi visés peuvent avoir fait leur apparition dans l'ordonnement juridique après la conclusion de la Convention de Montego Bay³⁹, ce qui permet de prendre en considération les dispositions de la Convention de l'UNESCO. Par conséquent, les deux règles peuvent être harmonisées de la manière suivante : en vue de contrôler le commerce des objets historiques et archéologiques submergés depuis au moins 100 ans, l'État côtier est compétent pour autoriser ou interdire leur enlèvement de la zone contiguë, voire pour imposer des conditions à la conduite des opérations.

En faisant expressément référence à la zone contiguë, l'article 8 de la Convention élimine d'ailleurs toute possibilité pour l'État côtier de créer une zone de compétence distincte aux fins de contrôler les éléments du patrimoine submergés dans la limite des 24 milles et impose la proclamation préalable d'une zone contiguë⁴⁰. De plus, l'article 8 de la Convention de l'UNESCO prévoit que les pouvoirs exercés par l'État côtier dans sa zone contiguë le seront « [s]ans préjudice, et en sus, des articles 9 et 10 ». Ces dispositions mettent en place un système de notification à l'UNESCO et aux États intéressés des découvertes d'éléments du patrimoine situés dans la zone économique exclusive ou sur le plateau continental de l'État côtier, ce dernier ne pouvant réglementer leur protection qu'en consultation avec les États concernés. Ce faisant, la Convention de l'UNESCO ne reconnaît aucune « souveraineté archéologique » à l'État côtier dans cette zone.

³⁸ *Eod. loc.*, § 24.

³⁹ STRATI (A.), *The protection of the underwater cultural heritage : an emerging objective of the contemporary law of the sea*, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, p. 176.

⁴⁰ Dans ce sens également, voir BOU FRANCH (V.), « La Convención de la UNESCO sobre la protección del patrimonio cultural subacuático », in FERNÁNDEZ LIESA (C.R.) et PRIETO DE PEDRO (J.) (dirs), *La protección jurídico internacional del patrimonio cultural : especial referencia a España*, Majadahonda, Colex, 2009, p. 212.

En vertu de l'article 8, l'État côtier pourra donc autoriser ou interdire l'enlèvement des objets situés dans sa zone contiguë afin de contrôler leur commerce en application de l'article 303, § 2 de la Convention de Montego Bay, d'autres mesures pouvant éventuellement être prises dans le cadre du système de coopération mis en place aux articles 8 et 9. En matière de protection des objets historiques et archéologiques, le régime en vigueur dans la zone contiguë se rapproche ainsi de celui qui est appliqué aux objets situés sur le plateau continental ou dans la zone économique exclusive⁴¹ plus que de celui qui est établi pour les eaux territoriales. Dans ces conditions, la Convention de l'UNESCO de 2001 ne reconnaît pas de compétence normative générale à l'État côtier jusqu'à la limite externe des 24 milles, mais une compétence spécialisée et finalisée. Par ailleurs, la compétence ainsi reconnue sera très probablement concurrente à celle de l'État du pavillon, ainsi autorisé à imposer l'adoption de certains comportements à ses navires situés dans une zone contiguë étrangère, voire à exercer des actes de contrainte dans le but de faire respecter ses lois et règlements.

En application de la Convention de l'UNESCO, la loi sur la navigation maritime espagnole prévoit que l'« enlèvement non autorisé des objets archéologiques et historiques qui se trouvent sur le sol ou le sous-sol des eaux de la zone contiguë sera considéré comme une infraction aux lois et règlements [douaniers, fiscaux, sanitaires et d'immigration], ainsi qu'aux normes de protection du patrimoine culturel subaquatique »⁴². Il y est également écrit que l'enlèvement non autorisé des objets archéologiques et historiques situés dans le fond de cette zone sera assimilé à une infraction commise sur le territoire espagnol⁴³. Sans avoir proclamé de zone contiguë, l'Italie a prévu dans sa législation que les objets historiques et archéologiques submergés entre 12 et 24 milles nautiques devaient être traités conformément aux Règles figurant à l'Annexe de la Convention de l'UNESCO de 2001⁴⁴. D'autres États ont adopté une législation semblable bien avant de ratifier la Convention de l'UNESCO et en application de la CNUDM. C'est le cas notamment en France à l'article L. 532-1 du Code du patrimoine ou encore en Afrique du Sud où la législation a créé une véritable « zone culturelle maritime » dans laquelle l'État s'octroie des droits et pouvoirs identiques à ceux qu'elle exerce sur les objets historiques et archéologiques situés dans ses eaux territoriales⁴⁵.

Lors des travaux préparatoires à la Convention de l'UNESCO, seule la Turquie s'est opposée à l'adoption de l'article 8 et le contenu de cette disposition a obtenu l'assentiment des États, ceux-ci n'y voyant aucune contradiction avec la Convention de Montego Bay⁴⁶. La possibilité, pour l'État côtier, d'adopter des lois et règlements visant à contrôler l'enlèvement – et indirectement le commerce – des objets historiques et

⁴¹ *Eod. loc.*, p. 213.

⁴² « *La extracción no autorizada de los objetos arqueológicos e históricos que se encuentren en el lecho o subsuelo de las aguas de la zona contigua se considerará como una infracción de las leyes y reglamentos a que se refiere el apartado anterior, así como de la normativa del patrimonio cultural subacuático* ». *Ley 14/2014 de 24 de julio, de Navegación Marítima, Boletín Oficial del Estado*, Viernes 25 de julio de 2014, Núm. 180, Sec. 1., article 23, § 2.

⁴³ *Eod. loc.*, article 383, § 2.

⁴⁴ *Decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42*, « Codice dei beni culturali e del paesaggio, ai sensi dell'articolo 10 della legge 6 luglio 2002, n. 137 », *Gazzetta Ufficiale n. 45 del 24 febbraio 2004 – Supplemento ordinario n. 28*, article 94.

⁴⁵ Loi n° 15 de 1994 relative aux zones maritimes, section 6, 1) et 2). Reproduit dans DOALOS, *Droit de la mer*, *Bulletin* n° 32, 1996, p. 89. À consulter sur le site https://www.un.org/Depts/los/doalos_publications/LOSBulletins/bulletinfr/bul32fr.pdf (visité le 11/09/2016).

⁴⁶ AZNAR GÓMEZ (M.J.), « The contiguous zone as an archaeological maritime zone », *IJMCL*, vol. 29, 2014, pp. 14-15.

archéologiques submergés dans sa zone contiguë n'a donc, semble-t-il, pas fait l'objet de contestations sérieuses, contrairement à l'extension des compétences du même État au-delà de cette zone et dans la limite de 200 milles marins.

2. Une compétence limitée à un rôle d'« État coordonnateur » au-delà de 24 milles marins

La possibilité pour l'État côtier d'exercer ses fonctions pour contrôler les éléments du patrimoine culturel submergés sur son plateau continental ou dans sa zone économique exclusive (et les activités y relatives) s'est révélée être la question la plus controversée des négociations de la Convention de l'UNESCO de 2001⁴⁷. Certains États se sont farouchement opposés à la reconnaissance d'une compétence à l'État côtier au-delà de sa zone contiguë, soucieux de ne pas porter atteinte au régime juridictionnel prévu dans la Convention de Montego Bay⁴⁸. D'un autre côté, le plateau continental était perçu comme la zone maritime dans laquelle le risque de pillage était devenu le plus élevé, le développement des technologies l'ayant mis à la portée des plongeurs et de sociétés de sauvetage commercial qui disposaient d'équipements sophistiqués⁴⁹. La délégation italienne exprima ainsi ses préoccupations face à ce qu'elle considérait être un « *freedom-of-fishing-type regime* »⁵⁰, en vertu duquel quiconque serait à même d'explorer le plateau continental adjacent à n'importe quel État côtier, d'y récupérer des objets et d'en devenir propriétaire (en vertu de la loi du pavillon) pour ensuite procéder à leur vente sur un marché privé étranger⁵¹.

En vertu du droit de la mer, l'État côtier ne saurait se prévaloir de droits exclusifs aux fins de réglementer les opérations menées sur les objets historiques et archéologiques situés sur son plateau continental ou dans sa zone économique exclusive. Les droits souverains qui lui sont reconnus dans la zone des 200 milles marins sont en effet strictement limités à l'exploration et à l'exploitation des ressources naturelles, comme en témoignent les articles 56 et 77 de la CNUDM. Par ailleurs, l'État côtier ne peut pas se prévaloir d'une compétence exclusive en matière de recherche archéologique, que les objets reposent sur son plateau continental ou qu'ils soient situés dans sa zone économique exclusive⁵². Lors des travaux préparatoires à la Convention de Montego Bay, certains États méditerranéens avaient pourtant tenté de faire reconnaître des droits souverains à l'État côtier sur les objets historiques et archéologiques situés sur son plateau continental en vue de la recherche, de la récupération, de la protection et de l'exposition au public⁵³, mais sans succès.

Sur son plateau continental et dans sa zone économique exclusive, la compétence de l'État côtier est spécialisée et finalisée car matériellement limitée à l'exploration et à

⁴⁷ STRATI (A.), Draft convention on the protection of underwater cultural heritage : a commentary prepared for UNESCO, 22 avril 1999, UNESCO Doc. CLT-99/WS/8, p. 36, § 5.9.

⁴⁸ Rapport final de la deuxième réunion d'experts gouvernementaux sur le projet de convention sur la protection du patrimoine culturel subaquatique, 27 août 1999, UNESCO Doc. CLT-99/CONF.204, § 25. Pour certains, l'Assemblée générale des Nations Unies était d'ailleurs la seule instance à même de développer ce régime, l'UNESCO n'ayant compétence qu'en matière de patrimoine culturel. Eod. loc., § 9.

⁴⁹ DROMGOOLE (S.), op. cit., n. 4, p. 267.

⁵⁰ Draft convention for the protection of the underwater cultural heritage, Third meeting of governmental experts UNESCO headquarters. Paris. 3 – 7 July 2000, Document presented by the government of Italy, Part I, § 6.

⁵¹ SCOVAZZI (T.), « The evolution of international law of the sea : new issues, new challenges », RCADI, t. 286, 2000, vol. 286, p. 210.

⁵² NORDQUIST (M.H.) et al., op. cit., n. 35, p. 162.

⁵³ Eod. loc., p. 159.

l'exploitation des ressources naturelles. Ceci n'exclut pas cependant qu'il puisse exercer certains pouvoirs en concurrence avec l'État du pavillon dans la limite des 200 milles marins. En premier lieu, la zone économique exclusive constitue une zone de compétence *sui generis*, dont le régime n'est marqué ni par la territorialité ni par la liberté de l'État du pavillon⁵⁴. Dans cette zone, la Convention de Montego Bay ne reconnaît de droits ou de juridiction ni à l'État côtier ni à l'État du pavillon sur les biens culturels submergés⁵⁵. La recherche archéologique, les fouilles, la récupération ou encore la disposition des vestiges sont des domaines compris dans la « zone grise d'activités »⁵⁶ visée par l'article 59 de la Convention, et qui trouve à s'appliquer « [d]ans les cas où la Convention n'attribue de droits ou de juridiction, à l'intérieur de la zone économique exclusive, ni à l'État côtier ni à d'autres États et où il y a conflit entre les intérêts de l'État côtier et ceux d'un ou de plusieurs autres États ». Résultat du « compromis Castañeda », cette disposition joue un rôle de répartition des compétences entre l'État côtier et l'État du pavillon sur la base de l'équité⁵⁷. Tout conflit susceptible d'opposer l'État côtier et l'État du pavillon en matière de recherche archéologique, de protection ou de récupération des vestiges submergés pourrait donc être résolu au cas par cas selon ses paramètres, à savoir « sur la base de l'équité et eu égard à toutes les circonstances pertinentes, compte tenu de l'importance que les intérêts en cause présentent pour les différentes parties et pour la communauté internationale dans son ensemble ».

Sur le plateau continental, la CNUDM limite l'exclusivité de la compétence de l'État côtier à l'exploration et à l'exploitation des ressources naturelles afin de préserver le principe de liberté des espaces surjacents⁵⁸. À ce titre, si la liberté de recherche archéologique peut être considérée comme incluse parmi les libertés de la haute mer énumérées à l'article 87, § 1, f) de la Convention de Montego Bay, il n'en va probablement pas de même des activités de récupération menées en méconnaissance des standards archéologiques au regard notamment de l'obligation de protection des objets historiques et archéologiques – qui pèse sur les États quel que soit l'espace maritime (article 303, § 1) – et de conserver ou céder les objets découverts dans la Zone internationale des fonds marins dans l'intérêt de l'humanité (article 149)⁵⁹. Au vu de ces dispositions, le pillage de biens culturels submergés devrait pouvoir être empêché par un État autre que l'État du pavillon du navire récupérateur, le titre de compétence reconnu au premier demeurant toutefois dans cette hypothèse subsidiaire et surtout subordonné à la défaillance du second. Ainsi l'interprétation de la Convention de Montego Bay – ou, plus exactement, de son silence – met-elle en lumière une situation

⁵⁴ CONFORTI (B.), « Cours général de droit international public », *RCADI*, t. 212, 1988-V, p. 154. NORDQUIST (M.H.) (ed.), *United Nations Convention on the law of the sea : 1982 : a commentary*, vol. III, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, p. 64.

⁵⁵ Voir également DUPUY (R.-J.) and VIGNES (D.), *A handbook on the new law of the sea*, vol. 1, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1991, pp. 570-571.

⁵⁶ Cette expression est employée par le professeur T. Treves : TREVES (T.), « Codification du droit international et pratique des États dans le droit de la mer », *RCADI*, t. 223, 1990-IV, p. 215.

⁵⁷ Il s'agit en effet de concilier les intérêts de l'État côtier avec ceux de l'État du pavillon dans la zone économique exclusive. FRANCONI (F.), « Equity », *MPEPIL*, § 23.

⁵⁸ *Annuaire de la CDI*, 1956, vol. II, p. 298, § 2. En sens contraire : KARAGIANNIS (S.), *L'archéologie sous-marine et le droit international de la mer*, Thèse Nice, 1989, p. 383 ; STRATI (A.), *op. cit.*, n. 39, p. 258.

⁵⁹ Pour le professeur L. Lucchini et pour M. Voelckel, les libertés qui ne sont pas expressément énumérées à l'article 87 ne pourront faire partie du droit positif que si elles sont reconnues dans l'une des sources énumérées à l'article 38 du Statut de la CIJ. LUCCHINI (L.) et VOELCKEL (M.), *Droit de la mer*, t. I, *La mer et son droit, Les espaces maritimes*, Paris, Pedone, 1990, p. 278. Pour une opinion en sens contraire, voir GOY (R.), « L'épave du Titanic et le droit des épaves en haute mer », *AFDI*, vol. 35, 1989, p. 755, pour qui les libertés qui ne sont pas expressément énumérées par le droit de la mer se présument.

de neutralité juridique⁶⁰, dans laquelle l'exercice de fonctions étatiques par l'État riverain qui souhaite contrôler les objets historiques et archéologiques reposant sur son plateau continental ainsi que les activités y relatives ne semble ni permis, ni prohibé. Seules semblent exclues, d'une part, la reconnaissance d'une compétence à l'égard des navires qui mèneraient des activités de localisation ou de prospection archéologique depuis les eaux surjacentes et, d'autre part, la reconnaissance d'une compétence exclusive en la matière, celle-là étant réservée aux ressources du plateau continental.

Si la CNUDM prévoit que ses dispositions priment sur tout accord *inter se* qui viendrait déséquilibrer le régime établi sur le plateau continental et dans la zone économique exclusive au profit de l'État côtier⁶¹, elle ne s'oppose pas pour autant à ce qu'un droit spécial soit élaboré aux fins de la protection des objets historiques et archéologiques et encourage même les parties à préciser le régime applicable en la matière (article 303, § 4)⁶². La reconnaissance d'une compétence à l'État côtier dans la zone des 200 milles marins aurait donc pu être envisagée conventionnellement dans les conditions définies précédemment, lesquelles – selon l'interprétation de la Convention proposée – n'auraient conduit qu'à compléter le régime de cette espace sans créer de conflit avec le régime prévu pour ce dernier. Mais durant les négociations de la Convention de l'UNESCO de 2001, les États n'ont manifestement pas souhaité prendre le risque d'adopter des dispositions qui seraient entrées en contradiction avec la Convention de Montego Bay en créant une « juridiction rampante » au profit de l'État côtier. Le caractère excessif de certaines propositions n'a d'ailleurs sans doute pas contribué à lever leurs réticences⁶³. D'un autre côté, certains États se sont montrés favorables à la reconnaissance d'une compétence fragmentée, spécialisée et finalisée⁶⁴, comme en témoignent d'ailleurs les trois options qui furent proposées dans le projet de texte rédigé à l'UNESCO entre 1998 et 1999⁶⁵.

En vertu de l'article 9, § 1, de la Convention de l'UNESCO de 2001, il n'incombe pas seulement à l'État côtier ou à l'État du pavillon mais à tous les États parties de protéger – conformément aux prescriptions de la Convention – le patrimoine culturel subaquatique submergé sur le plateau continental et dans la zone économique exclusive. Dépassant la logique de reconnaissance de droits et d'obligations, la Convention met en place une véritable coopération internationale orchestrée par l'UNESCO entre l'État côtier, l'État du pavillon et d'autres États intéressés. Il en résulte un mécanisme par lequel l'État côtier sera autorisé à exercer certaines fonctions sur mandat de ses pairs, lesquels l'auront reconnu comme étant le mieux à même de protéger les éléments du patrimoine submergé en raison de sa proximité géographique⁶⁶.

⁶⁰ Pareille situation a déjà pu être constatée par la CIJ dans son avis consultatif sur la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires. *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996*, p. 226, § 97.

⁶¹ NORDQUIST (M.H.) et al., *op. cit.*, n. 35, p. 243.

⁶² *Ibidem*.

⁶³ Voir à ce titre le projet établi par l'ILA en 1994 et qui prévoyait la création d'une véritable « zone du patrimoine culturel » au-delà de la mer territoriale et jusqu'à la limite externe du plateau continental. ILA, *op. cit.*, n. 15, p. 17.

⁶⁴ Voir not. *Étude préliminaire sur l'opportunité d'élaborer un instrument international sur la protection du patrimoine culturel subaquatique*, 15 octobre 1995, UNESCO Doc. 28 C/39, Annexe, p. 2 ; *Rapport du Directeur général sur les résultats de la réunion d'experts concernant l'élaboration d'un instrument international sur la protection du patrimoine culturel subaquatique*, 12 mars 1997, UNESCO Doc. 151 EX/10, Annexe 2, p. 2 ; *Eod. loc.*, Add., p. 6, § 4.

⁶⁵ *Projet de convention sur la protection du patrimoine culturel subaquatique*, juillet 1999, UNESCO Doc. CLT-96/CONF.202/5 Rev.2.

⁶⁶ Les archéologues ont d'ailleurs bien insisté sur ce point. Voir notamment First session of the meeting of State parties to the Convention on the protection of the underwater cultural heritage, *Adress by professor Dr.*

L'État côtier doit tout d'abord mettre en œuvre sa compétence personnelle afin que ses navires et nationaux lui signalent les découvertes d'objets sur son plateau continental ou dans sa zone économique exclusive ou leur intention d'intervenir (article 9, § 1, a). La disposition est plus ambiguë lorsque la découverte ou l'intervention a lieu sur le plateau continental d'un autre État partie (article 9, § 1, b)). Elle prévoit alors que :

« (i) les États parties exigent que le national ou le capitaine du navire leur déclare cette découverte ou intervention ainsi qu'à l'autre État partie ; (ii) ou le cas échéant, un État partie exige que le national ou le capitaine du navire lui déclare cette découverte ou intervention et assure la transmission rapide et efficace de ces déclarations à tous les autres États parties ».

La première partie de la disposition impose à l'État du pavillon d'exercer ses pouvoirs sur ses navires et nationaux afin que ceux-ci lui déclarent les découvertes et interventions ainsi qu'à l'État côtier. Aucune compétence spatiale n'est reconnue à ce dernier, qui n'est informé que lorsque l'État du pavillon met en œuvre sa compétence personnelle. Mais la seconde partie de l'article 9, § 1, b) est rédigée de façon suffisamment vague pour pouvoir être interprétée comme autorisant l'État côtier à exiger la notification des découvertes et interventions en concurrence avec l'État du pavillon.

D'un autre côté, il est fort probable que l'expression « autres États parties » désigne l'État côtier (tout comme dans le (i)), puisque la disposition concerne le signalement des découvertes et interventions sur le plateau continental ou dans la zone économique exclusive d'un État autre que celui du pavillon. Il semblerait donc que l'obligation de notification des découvertes ou interventions sur le plateau continental ou dans la zone économique exclusive d'un État autre que l'État du pavillon résulte de la mise en œuvre de la compétence personnelle et non pas de la reconnaissance d'une juridiction spatiale à l'État côtier⁶⁷. Sur ce point, les négociateurs de la Convention ont souhaité maintenir ce qui a pu être qualifié d'« ambiguïté constructive », en laissant planer un doute sur la reconnaissance éventuelle d'une compétence à l'État côtier⁶⁸.

L'État côtier pourra également exercer des fonctions opérationnelles en vue de protéger les objets submergés dans sa zone économique exclusive ou sur son plateau continental. En revanche, il ne bénéficie que d'une compétence normative très étroitement spécialisée au titre de la réglementation et du contrôle des activités. Hormis la juridiction qu'il peut opposer dans la jouissance de ses droits souverains, l'État côtier jouera un rôle d'« État coordonnateur » en vertu de l'article 10, § 3, (b), de la Convention. À moins que l'État côtier ne choisisse de renoncer à cette fonction, il lui reviendra donc d'initier une procédure de consultation avec les États parties ayant manifesté un intérêt relativement aux biens découverts, le but étant de déterminer quelle sera la meilleure

Thijs J. Maarleveld president of the International Committee on the underwater cultural heritage (ICUCH), 26 March 2009, UNESCO Doc. CLT/CIH/MCO/2009/ME/95, p. 3.

⁶⁷ La Finlande et les États-Unis se sont d'ailleurs prononcé en ce sens au moment du vote. Statements on vote from 13 member States and observers during Commission IV on Culture, *Positions on the Draft UNESCO Convention on the protection of the underwater cultural heritage*, 31st session of the General Conference, 29 October 2001 (Australia, Colombia, Finland, France, Greece, Norway, Russian Federation, Sweden, Turkey, United Kingdom, U.S. Delegate, Uruguay, Venezuela). Certaines de ces interventions sont reproduites dans AZNAR GÓMEZ (M.J.), *La protección internacional del patrimonio cultural subacuático con especial referencia al caso de España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 551 et GARABELLO (R.) and SCOVAZZI (I.) (eds), *op. cit.*, n. 20, pp. 243-252.

⁶⁸ O'KEEFE (P.J.), *Shipwrecked heritage : a commentary on the UNESCO Convention on underwater cultural heritage*, Leicester, Institute of art and law, 2002, p. 64.

façon de protéger ces derniers (article 10, § 3, (a)). L'État côtier se chargera alors de coordonner ces consultations (article 10, § 3, (a)). Il pourra ensuite prendre des mesures de protection ou délivrer les autorisations telles qu'elles auront été décidées à l'issue des discussions voire, au besoin, empêcher tout danger immédiat pour le patrimoine avant que les consultations ne soient engagées (articles 10, §§ 4 et § 5, (a) et (b)).

Ce mécanisme de coopération internationale a d'ailleurs trouvé à s'appliquer tout récemment pour la première fois, après que l'Italie a signalé à l'UNESCO la découverte d'un ensemble de vestiges sur les bas-fonds de Skerki, situés sur le plateau continental tunisien, entre les côtes africaines et siciliennes. En tant qu'État coordonnateur, la Tunisie est ainsi chargée de piloter les travaux du comité de coordination pour la protection du patrimoine culturel subaquatique sur le site des Bancs de Skerki, qui comprend les États parties ayant manifesté un intérêt à la protection du site (à savoir l'Algérie, le Maroc, l'Égypte, la Croatie, l'Espagne, la France et l'Italie), des membres du conseil consultatif, scientifique et technique, et le secrétariat de la convention de l'UNESCO de 2001⁶⁹.

L'« État coordonnateur » est également habilité à conduire les recherches préliminaires nécessaires sur le patrimoine culturel subaquatique et à délivrer des autorisations à cet effet. Les résultats devront être transmis au Directeur général de l'UNESCO, qui se chargera de les porter à la connaissance des États parties (article 10, § 5, (c)). Dans tous les cas, une autorisation d'intervenir sur des objets submergés sur le plateau continental ou dans la zone économique exclusive ne peut être délivrée que conformément à la procédure de consultation (article 10, § 1), l'État côtier n'agissant donc qu'en tant que mandataire des autres États parties. Ainsi, en vertu de l'article 10, § 6, « [u]ne telle action ne peut en soi être invoquée pour revendiquer un quelconque droit préférentiel ou juridictionnel non consacré par le droit international, en particulier par la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer ».

Bon nombre d'États ont montré leur soutien au texte soumis au vote en 2001⁷⁰. Mais d'autres, comme la Grèce et l'Uruguay, estimaient que les intérêts légitimes des États riverains n'étaient pas suffisamment sauvegardés. Pour les Pays-Bas au contraire, l'État côtier disposait d'une marge de manœuvre trop importante et il était susceptible d'agir au-delà des compétences qui lui étaient reconnues en vertu de la Convention de Montego Bay⁷¹. La Norvège, la France et la Fédération de Russie votèrent contre le texte pour des raisons similaires⁷². Le délégué américain regrettait que l'État du pavillon dût informer l'État côtier des notifications qui lui ont été transmises⁷³. Il se montra également opposé à la possibilité pour l'État côtier de prendre des mesures de protection en cas de danger imminent pour les biens culturels submergés⁷⁴. Les ambiguïtés du texte n'ont par ailleurs pas été résolues par l'adoption des Directives

⁶⁹ Onzième réunion du Conseil consultatif scientifique et technique, *Compte-rendu*, 14-15 septembre 2020, UNESCO Doc.UCH/20/11.STAB/12, p. 7 ; <https://fr.unesco.org/news/cooperation-eaux-internationales-protection-bancs-skerki> (visité le 11/09/2021).

⁷⁰ Voir Remarks prior to vote from 21 member States during debates in Commission IV on Culture, *Interventions*, 31st session of the General Conference, 29 October 2001 (Argentina, Barbados, Canada, Chile, Democratic People's Republic of Korea, France, Ghana, Ireland, Ivory Coast, Japan, Netherlands, Nigeria, Norway, Philippines, Poland, Portugal, South Africa, Sweden, Thailand, Tunisia, Zambia). Certaines de ces interventions sont reproduites dans AZNAR GÓMEZ (M.J.), *op. cit.*, n. 67, p. 551 et GARABELLO (R.) and SCOVAZZI (T.) (eds), *op. cit.*, n. 20, pp. 243-252.

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² *Ibidem*.

⁷³ Statements on vote..., *op. cit.*, n. 67.

⁷⁴ Remarks prior to vote..., *op. cit.*, n. 70.

opérationnelles en 2013. Loin de refléter les débats qui ont eu lieu durant leur élaboration, elles se contentent – dans un esprit de consensus – d’apporter des précisions sur la notification des découvertes à l’UNESCO par les États parties et sur la déclaration d’intérêt devant être formulée par ceux qui souhaiteraient être consultés⁷⁵.

En dépit des critiques qui ont pu être formulées, les dispositions de la Convention de 2001 précisent le régime juridique établi par la Convention de Montego Bay plus qu’elles ne le contrarient. Ce mécanisme de coopération qui ôte tout pouvoir de décision autonome à l’État côtier dans l’exercice de ses fonctions (tant dans son principe que dans ses modalités) ne semble pas pouvoir être assimilé à la reconnaissance d’une compétence étatique. Il ne s’agit pas, en effet, de reconnaître l’aptitude de l’État côtier à agir dans la zone de 200 milles marins en lui permettant d’opposer la validité de son ordre juridique à ses pairs. Il est réduit à la qualité d’exécutant de la règle énoncée dans la Convention de l’UNESCO et ses pouvoirs ne constituent plus qu’un instrument au service de fins communes. Si tant est qu’il bénéficie d’une compétence, celle-ci peut être assimilée aux compétences attribuées aux organisations internationales, strictement spécialisées et dont la mise en œuvre est subordonnée à une décision collective.

S’il n’était pas question, par conséquent, de procéder à une extension des compétences de l’État côtier dans la zone des 200 milles marins durant les négociations de la Convention, il était en revanche admis que ce même État mette en œuvre ses droits souverains aux fins de la protection du patrimoine culturel subaquatique. Les négociateurs ont cependant renoncé à lui imposer de réglementer strictement les activités d’exploration et d’exploitation des ressources naturelles à cette fin, de la même manière qu’ils n’ont pas souhaité restreindre trop fortement les libertés de l’État du pavillon.

B. *La protection des droits souverains sur les ressources naturelles*

L’idée que l’État côtier puisse protéger à titre incident les objets historiques et archéologiques submergés dans la zone des 200 milles en exerçant ses droits souverains s’est imposée sans peine à l’UNESCO, les États n’y voyant qu’une mise en œuvre particulière des pouvoirs déjà reconnus à l’État côtier par le droit de la mer (1). En revanche, il s’est avéré plus difficile d’obliger l’État côtier à aller dans ce sens en contrôlant les activités susceptibles de causer des dommages au patrimoine culturel subaquatique de façon incidente, les négociateurs craignant de porter atteinte à ses droits souverains. De leur côté, les puissances maritimes entendaient continuer à jouir de leurs libertés en mer sans avoir à trop restreindre les activités de leurs navires et nationaux (2).

1. **L’exercice des droits souverains aux fins de la protection**

Comme il a été vu précédemment, l’État côtier ne peut pas se prévaloir de droits souverains sur les objets submergés sur son plateau continental ou dans sa zone économique exclusive aux fins de procéder à leur récupération, d’entreprendre des activités de recherche archéologique ou encore de définir leur statut⁷⁶. Il n’est pas question de recourir à une quelconque analogie entre les ressources naturelles et les vestiges submergés dans la zone des 200 milles. L’extraction des ressources du plateau continental, la pêche (au chalut particulièrement) et les projets d’infrastructures

⁷⁵ *Directives opérationnelles...*, *op. cit.*, n. 26, p. 9.

⁷⁶ NORDQUIST (M.H.) et al., *op. cit.*, n. 35, p. 162.

constituent d'importantes menaces pesant sur les biens culturels submergés. Toutefois, l'État côtier pourra mettre en œuvre les compétences exclusives qui lui sont reconnues aux fins de l'exploration et de l'exploitation des ressources naturelles de manière à ce que les vestiges submergés soient protégés de façon incidente. En premier lieu, la compétence dont l'État côtier jouit sur son plateau continental et dans sa zone économique exclusive sera susceptible d'être mise en œuvre à des fins de contrôle des activités de fouille archéologique ou de récupération susceptibles de porter atteinte à ses droits souverains et à sa juridiction. Ainsi, l'article 10, § 2, de la Convention de l'UNESCO de 2001 prévoit qu'« [u]n État partie dans la zone économique exclusive ou sur le plateau continental duquel se trouve le patrimoine culturel subaquatique a le droit d'interdire ou d'autoriser toute intervention sur ce patrimoine pour empêcher toute atteinte à ses droits souverains ou à sa juridiction tels qu'ils sont reconnus par le droit international, y compris la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer ».

En vertu de l'article 58, § 3, de la Convention de Montego Bay, les États qui exercent leurs droits dans la zone économique exclusive d'un État étranger doivent tenir compte des droits et obligations de l'État côtier et respecter les lois et règlements adoptés par celui-ci conformément à la Convention. L'article 81 prévoit en outre que l'État côtier a le droit exclusif « d'autoriser et de réglementer les forages sur le plateau continental, qu'elles qu'en soient les fins ». Cette disposition pourrait tout à fait s'appliquer aux activités menées sur les biens qui impliquent l'usage d'explosifs et qui mettent en danger l'environnement des fonds marins⁷⁷. Ce peut être le cas notamment lorsqu'une épave se trouve encastrée dans des coraux qui font partie intégrante du plateau continental de l'État côtier. De manière générale, les épaves sont parfois très étroitement liées à leur environnement marin, à tel point que toute interférence ou activité de récupération serait sérieusement susceptible de perturber l'environnement marin et ses ressources⁷⁸. Il semblerait ainsi que les droits souverains dont bénéficie l'État côtier en vue de l'exploration et de l'exploitation de ses ressources naturelles lui permettent de contrôler à titre incident les activités qui seraient susceptibles de causer un dommage aux premières⁷⁹.

Cette idée a aussi été avancée au cours des négociations de la Convention de l'UNESCO de 2001. Certains États craignaient que les navires étrangers ne se livrent à l'exploration ou à l'exploitation des ressources de l'État côtier sans son autorisation sous couvert d'entreprendre des recherches archéologiques⁸⁰. Par ailleurs, pour les Pays-Bas, si l'État côtier ne pouvait revendiquer aucun contrôle sur les objets submergés sur son plateau continental, il en allait autrement lorsque les activités de fouille étaient susceptibles d'affecter l'environnement marin⁸¹. Il s'agissait ainsi de permettre à l'État côtier de prendre des mesures de protection afin de préserver les droits qui lui étaient reconnus par la Convention de Montego Bay sur ses ressources naturelles sans pour autant élargir sa sphère de compétence⁸².

⁷⁷ ZHAO (H.), « Recent Developments in the Legal Protection of Historic Shipwrecks in China », *ODIL*, vol. 23, 1992, p. 319 ; DROMGOOLE (S.), *op. cit.*, n. 4, p. 268.

⁷⁸ *Eod. loc.*, pp. 267-268.

⁷⁹ O'CONNELL (D.P.), *The International law of the sea*, vol. II, Oxford, Clarendon Press, 1984, p. 918.

⁸⁰ *Rapport de la réunion d'experts gouvernementaux sur le projet de convention sur la protection du patrimoine culturel subaquatique*, 29 juin-2 juillet 1998, CLT-98/CONF.202/7, § 19.

⁸¹ Troisième réunion d'experts gouvernementaux chargée d'examiner le projet de convention sur la protection du patrimoine culturel subaquatique, *État récapitulatif des observations relatives au projet de convention sur la protection du patrimoine culturel subaquatique*, avril 2000, UNESCO Doc. CLT-2000/CONF.201/3, p. 13.

⁸² STRATI (A.), *op. cit.* n. 47, p. 34, n. 63.

L'État côtier étant titulaire du droit exclusif d'explorer et d'exploiter les ressources naturelles de son plateau continental et de sa zone économique exclusive, il peut corollairement déterminer la façon dont seront menées de telles activités sans pour autant sortir de la sphère de compétence qui lui est reconnue dans la zone des 200 milles⁸³. Quelques éléments de pratique viennent le confirmer, et notamment la Directive européenne 94/22/CE du 30 mai 1994 sur les conditions d'octroi et d'exercice des autorisations de prospecter, d'exploiter et d'extraire des hydrocarbures. Partie à la Convention de Montego Bay, l'Union européenne autorise ses États membres à imposer « des conditions et exigences concernant l'exercice des activités [de prospection, d'exploration et d'exploitation des hydrocarbures] pour autant qu'elles soient justifiées [notamment] par des considérations [...] de protection des ressources biologiques et des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique [...] » (article 6, § 2). Des législations nationales ont également été adoptées à cette fin, principalement en Europe à partir des années 1970. Elles concernent surtout l'exploration et l'exploitation des ressources du plateau continental et peuvent prévoir la possibilité d'interdire ces activités à proximité des biens culturels, l'obligation pour les navires étrangers engagés dans des recherches de communiquer immédiatement d'éventuelles découvertes ou de suspendre les travaux entrepris, voire contenir des dispositions relatives à la protection des objets⁸⁴.

Cependant, au regard de la Convention de Montego Bay, l'État côtier ne pourra exercer ses droits souverains aux fins de protéger les biens culturels submergés sur son plateau continental ou dans sa zone économique exclusive à titre incident que dans une certaine limite. Craignant sans doute que l'État côtier ne fasse un usage abusif de ses pouvoirs, la Finlande a soutenu au moment du vote du texte final que les mesures prises devaient être objectivement justifiées et uniquement destinées à empêcher toute interférence avec les droits souverains et la juridiction⁸⁵. De la même manière, la délégation américaine a déclaré que la règle de l'article 10, § 2, ne faisait que réaffirmer des droits dont l'État côtier pouvait se prévaloir en vertu du droit de la mer sans en créer de nouveaux⁸⁶. Notamment, le régime de la recherche scientifique marine prévu dans la partie XIII de la CNUDM ne trouve pas à s'appliquer aux activités de recherches archéologiques, insusceptibles, donc, d'être réglementées en tant que telles par l'État côtier⁸⁷. Les activités de recherche scientifique marine sont en effet cantonnées aux activités ayant pour objet l'environnement naturel marin, à l'exclusion de l'archéologie sous-marine⁸⁸.

En outre, l'État côtier n'est autorisé à adopter des lois et règlements interférant avec les droits et libertés d'États tiers dans la zone des 200 milles qu'en application de normes élaborées au sein d'une organisation internationale compétente ou d'une conférence diplomatique générale. Il ne pourra donc pas, de sa propre initiative, délimiter des zones interdites à la navigation autour d'un site d'épave compris dans un environnement marin à protéger. Il est à noter que depuis le début des années 2000, l'OMI peut décider de créer des « aires marines particulièrement sensibles » (ou AMPS) dont l'importance

⁸³ DROMGOOLE (S.), *op. cit.*, n. 4, p. 267.

⁸⁴ LEANZA (U.), « Le régime juridique international de la mer méditerranée », *RCADI*, t. 236, 1992-V, p. 254.

⁸⁵ Statements on vote..., *op. cit.*, n. 67.

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ ILA, *op. cit.*, n. 14, pp. 215-216.

⁸⁸ *Ibidem*.

écologique, socio-économique ou scientifique est reconnue et qui peuvent se révéler vulnérables aux activités internationales liées à la navigation⁸⁹. La présence de sites historiques et archéologiques submergés d'une certaine importance peut être prise en compte aux fins de la désignation⁹⁰. En Méditerranée, des aires spécialement protégées peuvent être désignées par les États parties à la Convention de Barcelone de 1976 pour la protection de la mer Méditerranée contre la pollution et à son Protocole de 1995 relatif aux aires spécialement protégées et à la diversité biologique. Dans son article 4, d), ce dernier prévoit que la désignation de ces zones a pour objectif de sauvegarder, entre autres, « les sites présentant une importance particulière en raison de leur intérêt scientifique, esthétique, culturel ou éducatif ».

En 2006, l'Italie a adopté une loi relative à l'institution de zones de protection écologique au-delà des limites externes de la mer territoriale. Dans ces espaces, l'Italie met en œuvre la compétence qui lui est reconnue afin de protéger l'environnement marin, y compris le patrimoine archéologique et historique⁹¹. Tout en affirmant que les pouvoirs de l'Italie s'y exercent en conformité avec la Convention de Montego Bay⁹², la loi y prescrit l'application des normes de protection du patrimoine historique et archéologique en plus de celles qui concernent la lutte contre la pollution⁹³. Comme le suggère cependant l'article 2, § 1, l'Italie devra se conformer aux dispositions de la Convention de l'UNESCO de 2001 sur la protection du patrimoine culturel subaquatique, laquelle ne l'autorise pas à mettre en œuvre son droit interne de façon unilatérale dans la zone des 200 milles marins.

En tout état de cause, la protection de l'environnement marin ne saurait servir de prétexte au contrôle de la navigation des navires étrangers dans un but de préservation des biens culturels submergés dans la limite de 200 milles marins⁹⁴. D'autre part, même si la protection de l'environnement marin servira celle du patrimoine sous-marin de manière incidente, les États qui procèdent à une assimilation expresse des deux matières dans leurs législations prennent le risque de s'exposer à des protestations de la part de leurs pairs, surtout s'il apparaît que les règles soi-disant adoptées pour la première ne sont en réalité que des instruments au service du second.

2. La préservation des droits souverains et libertés : un obstacle à la protection contre les activités incidentes

Certaines utilisations de la mer sont susceptibles de ne causer qu'un dommage fortuit aux éléments du patrimoine culturel dans la mesure où l'altération du site qu'elles provoquent n'est pas intentionnelle, et où elles ne portent pas directement (ou pas exclusivement) sur les biens culturels considérés. Sont ainsi visées les différentes utilisations de la mer et notamment la construction d'infrastructures portuaires ou d'îles artificielles, la pose de câbles sous-marins, l'exploitation des ressources naturelles et la pêche, particulièrement dangereuse lorsqu'elle implique la pratique du chalutage⁹⁵. La

⁸⁹ IMO, Revised guidelines for the identification and designation of particularly sensitive sea areas, 6 February 2002, A 22/Res.927, Annex, § 1.2.

⁹⁰ Eod. loc., § 4.4.14.

⁹¹ Legge 8 febbraio 2006, n. 61, « Istituzione di zone di protezione ecologica oltre il limite esterno del mare territoriale », Gazzetta Ufficiale n. 52 del 3 de marzo 2006, article 2, § 1.

⁹² Ibidem.

⁹³ Eod. loc., article 2, § 2.

⁹⁴ TREVES (T.), op. cit., n. 56, pp. 206-207.

⁹⁵ Les sites d'épaves constituent souvent des lieux de pêche privilégiés, de nombreuses espèces venant s'y réfugier. BOESTEN (E.), Archaeological and/or historic valuable shipwrecks in international waters : public international law and what it offers, The Hague, T.M.C. Asser Press, 2002, p. 155.

plongée peut également créer des interférences sur le site, même dans les cas où elle vise principalement à l'observation de l'environnement marin aux alentours. Dans l'idéal, toute personne souhaitant réaliser des activités autour d'un site submergé devrait donc au préalable obtenir une autorisation conditionnée par une étude d'impact.

Lors de l'élaboration de la Convention de l'UNESCO de 2001, l'idée qu'il était nécessaire de protéger les éléments du patrimoine culturel sous-marin des activités autres que celles qui, au vu de leur objet, provoquaient une altération physique du site ne s'est imposée qu'avec difficulté. Les négociateurs étaient avant tout préoccupés par la nécessité de réglementer les interventions directes sur les éléments du patrimoine culturel subaquatique et d'éviter le pillage. Ainsi le Canada avait-il proposé de ne s'intéresser ni aux interventions de l'industrie minière, ni à la pêche, ni à la pose de câbles sous-marins, contre l'avis de l'Italie et du Nigéria⁹⁶. Par ailleurs, le préambule du projet de convention proposé en 1999 énumérait précisément (et, semble-t-il, limitativement) les activités dommageables comme étant celles qui étaient liées à l'exploitation des ressources naturelles des différentes zones maritimes ou à des activités de construction, « notamment la construction d'îles artificielles, d'installations et d'ouvrages, et la pose de câbles et de pipelines » (§ 5)⁹⁷. Le texte final de la Convention s'intéresse plus largement à toute « activité qui, bien que n'ayant pas, principalement ou partiellement, pour objet le patrimoine culturel subaquatique, est susceptible de porter matériellement atteinte à ce patrimoine ou de lui causer tout autre dommage » (article 1, § 7).

Les réticences étaient probablement liées à la légitimité de ces activités qui peuvent valablement être exercées en vertu du droit de la mer⁹⁸. Il s'avère donc délicat d'en contrôler le déroulement au nom de la protection des objets historiques et archéologiques, d'autant que l'utilisation de la mer à des fins commerciales revêt une importance considérable pour certaines économies nationales⁹⁹. Certains États craignaient ainsi que la Convention de l'UNESCO ne fasse obstacle à l'exercice des droits et libertés reconnus par la Convention de Montego Bay si elle s'intéressait aux interventions autres que celles liées à la recherche archéologique, et ce dans des zones pouvant se situer au-delà de la mer territoriale.

Ces considérations expliquent la faiblesse normative de la prescription figurant à l'article 5 de la Convention de l'UNESCO. En effet, elle se contente d'énoncer que « [c]haque État partie emploie *les moyens les mieux adaptés dont il dispose pour empêcher ou atténuer* toute incidence négative due à des activités relevant de sa juridiction ayant une incidence fortuite sur le patrimoine culturel subaquatique » (nos italiques)¹⁰⁰. Laissant aux États le choix des moyens, le texte n'impose qu'une obligation de résultat allégée plutôt que celle de parvenir absolument à éviter tout dommage aux biens culturels sous-marins. Les Règles de l'Annexe ne se révèlent pas plus contraignantes et se contentent de fournir un modèle de réglementation des projets portant directement sur le patrimoine

⁹⁶ *Eod. loc.*, p. 153.

⁹⁷ *Projet de convention sur la protection du patrimoine culturel subaquatique*, juillet 1999, UNESCO Doc. CLT-96/CONF.202/5 Rev.2. Le Comité international de protection des câbles avait proposé la suppression de toute référence à la pose de câbles, considérant qu'il n'était pas avéré que ce type d'opération constituait une menace pour le patrimoine culturel sous-marin. Quant aux États-Unis, ils souhaitaient que seule l'exploitation des ressources naturelles soit mentionnée. STRATI (A.), *op. cit.*, n. 47, p. 11.

⁹⁸ Le préambule de la Convention de l'UNESCO de 2001 le reconnaît explicitement (al. 7).

⁹⁹ DROMGOOLE (S.), *op. cit.*, n. 4, p. 345.

¹⁰⁰ En 1968, l'UNESCO avait pourtant adopté une Recommandation concernant la préservation des biens culturels mis en péril par les travaux publics ou privés.

submergé. La Convention européenne pour la protection du patrimoine archéologique (révisée) de 1992 (ou Convention de La Valette) exige quant à elle des engagements précis de la part de ses États parties en relation avec des éléments du patrimoine archéologique situés dans n'importe quel espace soumis à leur juridiction, sur terre ou sous les eaux (article 1, §§ 2, iii., et 3, et article 5). Mais le texte ne lie que les États membres du Conseil de l'Europe et ne concerne que les opérations d'« aménagement ». Des aides financières sont aussi susceptibles d'être octroyées par la Commission européenne. Elle a notamment co-financé le projet de recherche collaborative SASMAP, destiné au « *development of tools and techniques to Survey, Assess, Monitor And Preserve underwater archaeological sites* » afin d'assurer – en conformité avec la Convention de La Valette – la meilleure des protections possibles contre les activités de développement sous-marin, parmi lesquelles figure la pose de câbles et de pipelines¹⁰¹.

Le contrôle des activités susceptibles de causer un dommage fortuit aux biens culturels sous-marins reste donc largement soumis aux bonnes volontés, qu'elles soient étatiques ou qu'elles émanent des opérateurs privés auteurs du dommage potentiel. Les règles de droit international se révèlent insuffisantes en la matière et relèvent pour beaucoup de la *soft law*, principalement élaborée au fur et à mesure du suivi de la Convention de l'UNESCO de 2001. Les Directives d'application du texte prévoient ainsi que les États « devraient s'efforcer de fixer des règles nationales relatives à l'autorisation d'interventions sur les sites du patrimoine culturel subaquatique, concernant également les activités qui n'ont que des incidences fortuites sur ce patrimoine [...] ». Par ailleurs, « [i]ls sont encouragés à exiger que toute intervention de ce genre soit soumise à l'autorisation de leurs services nationaux compétents [...] ». Pour les experts du Conseil consultatif, scientifique et technique, la délivrance de l'autorisation devrait être postérieure à une étude d'impact¹⁰².

Par ailleurs, l'article 5 de la Convention de l'UNESCO ne semble pas encourager les États parties à faire usage de leur compétence personnelle afin d'interdire à leurs navires et nationaux d'entreprendre des opérations susceptibles de causer un dommage fortuit à des éléments du patrimoine submergés dans la Zone internationale des fonds marins. La mention des activités « relevant de la juridiction » des États parties ne vise probablement que des activités menées dans leurs eaux intérieures, territoriales ou archipélagiques, sur leur plateau continental ou dans leur zone économique exclusive¹⁰³. De plus, la Convention de l'UNESCO n'exige des États qu'ils exercent leur compétence personnelle que pour s'assurer que leurs navires et ressortissants ne procèdent pas à des interventions dont le patrimoine culturel subaquatique constituerait l'objet principal, et qui seraient ainsi susceptibles de lui causer un dommage direct (article 16). Les négociateurs craignaient, semble-t-il, d'empiéter sur les compétences dévolues à l'Autorité internationale des fonds marins¹⁰⁴.

¹⁰¹ Pour plus d'informations : http://sasmap.eu/fileadmin/user_upload/temasites/sas_map/pdf/poster_web.pdf (visité le 11/09/2021).

¹⁰² Deuxième réunion du Conseil consultatif scientifique et technique, *Rapport final et recommandations et résolutions*, 8 mai 2011, UNESCO Doc. UCH/11/2.STAB/220/7, p. 7.

¹⁰³ C'est en tout cas ce que suggère la lecture des travaux préparatoires. *Projet de Convention...*, *op. cit.*, n. 97, p. 10, article X, §§ 1 et 2 ; *Quatrième réunion d'experts gouvernementaux sur le projet de convention sur la protection du patrimoine culturel subaquatique*, *Document de travail consolidé*, mars 2001, UNESCO Doc. CLT-2001/CONF.203/INF.3, p. 23, article 6.

¹⁰⁴ Troisième réunion d'experts..., *op. cit.*, n. 81, p. 15.

De son côté, cette dernière ne se montre pas disposée à refuser l'exploration ou l'exploitation des ressources de la Zone aux personnes susceptibles d'endommager indirectement des objets historiques et archéologiques. Selon son Secrétaire général, l'entrée en vigueur de la Convention de l'UNESCO de 2001 oblige les organes compétents pour approuver les plans de travail qui leur sont soumis dans la Zone à tenir compte des découvertes préalablement notifiées à l'UNESCO conformément aux stipulations conventionnelles¹⁰⁵. Mais « [c]ela ne veut pas dire pour autant que la simple présence d'un objet du patrimoine culturel subaquatique dans une zone où l'on se propose de mener des activités d'exploration puisse faire obstacle à l'approbation d'un plan de travail aux fins d'exploration »¹⁰⁶. Dans ces conditions, la conduite d'une étude d'impact semble peu envisageable.

Dans la pratique, il semblerait que seuls les États qui revendiquent une compétence sur des sites culturels submergés en dehors de leurs eaux territoriales montrent la volonté de conditionner l'autorisation d'exploiter les ressources naturelles de leur plateau continental ou de leur zone économique exclusive à l'absence de risque de causer un dommage aux objets qui y sont situés. Dans cet esprit, la loi sur le patrimoine historique espagnol (applicable dans la zone des 200 milles marins) sanctionne la poursuite des opérations lorsque des éléments du patrimoine seraient apparus et que leur existence n'aurait pas été communiquée aux autorités compétentes¹⁰⁷. Les États parties à la Convention de l'UNESCO ne semblent donc pas faire application de leur droit de faire usage de la compétence exclusive qui leur est reconnue sur les ressources naturelles de leur plateau continental et de leur zone économique exclusive en vue de protéger de manière incidente les biens culturels qui y sont submergés. En Belgique, les seules interventions en lien avec le patrimoine soumises à autorisation préalable sont celles « ayant principalement pour objet le patrimoine culturel subaquatique », les autres étant exclues du champ d'application du texte¹⁰⁸. En revanche, certains États ont pu adopter des mesures d'archéologie préventive dans leur droit interne, susceptibles de couvrir les objets situés dans leur zone de souveraineté. En France, des mesures d'archéologie préventive sont ainsi prévues de manière générale pour les projets d'aménagement, « à terre et sous les eaux »¹⁰⁹, et le Département de recherches archéologiques subaquatiques et sous-marines (DRASSM)¹¹⁰ instruit chaque année plus d'une centaine de dossiers d'infrastructures en projet dans le domaine public maritime¹¹¹.

Dans la Zone internationale des fonds marins, certaines obligations sont mises à la charge des prospecteurs et des titulaires d'un contrat d'exploration ou d'exploitation

¹⁰⁵ *Rapport du Secrétaire général sur l'Autorité internationale des fonds marins présenté en application de l'article 166, paragraphe 5 [sic], de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer*, 7 juin 2002, ISBA/8/A/5, § 58.

¹⁰⁶ *Ibidem*.

¹⁰⁷ *Ley 16/85, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español*, Boletín Oficial del Estado, 29 de junio de 1985, Núm 155, p. 12534, article 42, § 3.

¹⁰⁸ Loi relative à la protection du patrimoine culturel subaquatique, 4 avril 2014, article 2, § 7. À consulter sur http://www.unesco.org/culture/natlaws/media/pdf/belgium/belg_loipatsub14_frorof (visité le 4/06/2021). Ceci est d'autant plus regrettable que les dispositions prétendent régir les découvertes immergées depuis cent ans au moins dans la zone économique exclusive et sur le plateau continental belge. *Eod. loc.*, article 3, § 2.

¹⁰⁹ Code du patrimoine, article L. 521-1.

¹¹⁰ Ce service a été créé par A. Malraux en 1966, et est rattaché au ministère de la culture. Il s'agit du premier service de recherche archéologique jamais créé au monde. Composé d'archéologues, le DRASSM est chargé de localiser et d'entreprendre des fouilles dans les eaux françaises en application des dispositions du Code du patrimoine relatives aux biens culturels maritimes.

¹¹¹ Cette information est à consulter dans la brochure du DRASSM, disponible sur le site <https://www.culture.gouv.fr/Sites-thematiques/Archeologie/Archeologie-sous-les-eaux> (visité le 2/06/2021). Voir également les articles L. 522-6 et L. 532-4 du Code du patrimoine.

des ressources minières au travers des trois Règlements¹¹² constituant le Code d'exploitation minière élaboré par l'Autorité internationale des fonds marins. En vertu de l'article 8 des trois Règlements, le prospecteur doit notifier « immédiatement par écrit au Secrétaire général [de l'Autorité] toute découverte dans la Zone d'objets ayant ou susceptibles d'avoir un caractère archéologique ou historique et leur emplacement ». Quant au contractant il doit, de la même manière, notifier ses découvertes au Secrétaire général, mais seulement si les objets ou restes humains sont situés dans son secteur d'exploration (article 35). Par ailleurs, le Code d'exploitation minière prévoit l'interruption de toute activité de prospection et d'exploration dans « un rayon de dimension raisonnable » jusqu'à décision contraire du Conseil de l'Autorité internationale des fonds marins, qui tiendra compte de l'avis du Directeur général de l'UNESCO pour autoriser ou non la reprise des opérations (article 35).

Il faut noter par ailleurs que les États parties à la Convention de Montego Bay ont l'obligation de veiller à ce que les activités menées dans cet espace par leurs ressortissants ou par des personnes physiques ou morales possédant leur nationalité ou effectivement contrôlés par eux soient conformes aux prescriptions de la partie XI de la Convention (article 139, § 1). Les États parties à la Convention de Montego Bay doivent donc mettre en œuvre leur compétence personnelle afin que les activités menées dans la Zone ne conduisent pas à endommager les objets historiques et archéologiques, protégés par l'article 149.

Les experts du Conseil consultatif, scientifique et technique de la Convention de l'UNESCO de 2001 ont manifesté quelques inquiétudes relatives au comportement des sociétés privées. Ils se sont interrogés sur les moyens de convaincre les groupes pétroliers et autres sociétés d'extraction des ressources de se conformer aux politiques de protection en vigueur en matière culturelle¹¹³. Ils ont également recommandé aux États parties d'obliger les promoteurs des projets à atténuer les impacts de leurs travaux et à prendre en charge les coûts générés par cette obligation¹¹⁴. L'exemple du projet Nord Stream – qui consiste en l'installation de pipelines aux fins d'extraction de gaz dans la mer Baltique, entre la Russie et l'Union européenne – montre cependant que certains États se montrent soucieux d'imposer certains standards de comportement aux sociétés privées¹¹⁵. Les informations disponibles sur le site internet de la société relativement aux éléments du patrimoine découverts au cours des opérations permettent d'assurer la promotion des sites et la diffusion des connaissances qui s'y rapportent et un certain comportement est requis lorsque des interventions ou activités ont été autorisées en dépit de la présence d'éléments du patrimoine sur un site.

Pour conclure, les négociateurs de la Convention de l'UNESCO se sont montrés réticents à l'idée d'obliger l'État côtier et l'État du pavillon à poser des limites aux activités économiques menées en mer sur les ressources naturelles au nom de la

¹¹² Voir *Décision de l'Assemblée de l'Autorité internationale des fonds marins concernant le Règlement relatif à la prospection et à l'exploration des sulfures polymétalliques dans la Zone*, 4 mai 2010, ISBA/16/A/12/Rev.1, Annexe ; *Décision de l'Assemblée de l'Autorité internationale des fonds marins concernant le Règlement relatif à la prospection et à l'exploration des encroûtements cobaltifères de ferromanganèse dans la Zone*, 22 octobre 2012, ISBA/18/A/11, Annexe ; *Décision du Conseil de l'Autorité internationale des fonds marins concernant les modifications à apporter au Règlement relatif à la prospection et à l'exploration des nodules polymétalliques et des questions connexes*, 22 juillet 2013, ISBA/19/C/17, Annexe.

¹¹³ Deuxième réunion..., *op. cit.*, n. 102, p. 3.

¹¹⁴ *Eod. loc.*, pp. 7-8.

¹¹⁵ Les détails du projet sont consultables sur le site <https://www.nord-stream.com/the-project/pipeline/> (visité le 11/09/2021).

protection du patrimoine culturel subaquatique. Là encore, les futurs États parties n'ont pas voulu renoncer aux droits dont ils pouvaient se prévaloir en vertu de la Convention de Montego Bay. Ils se sont en revanche montrés beaucoup plus audacieux s'agissant des modalités selon lesquelles les biens historiques et archéologiques doivent être protégés par l'État compétent dans sa zone de souveraineté (eaux intérieures, territoriales et archipélagiques).

II. Des obligations substantielles imposées aux États parties au nom de la protection

Pour le professeur M. Frigo, l'activité juridique de protection des biens culturels qui s'est développée depuis la deuxième moitié du XX^e siècle témoigne d'un sentiment d'obligation de plus en plus aigu conduisant les États à coopérer pour la protection des biens culturels, laquelle est susceptible d'intéresser l'ensemble de la communauté internationale¹¹⁶. Ceci explique que les compétences des États parties à la Convention de l'UNESCO de 2001 soient tout particulièrement encadrées : le patrimoine culturel subaquatique doit, autant que possible, faire l'objet d'une protection *in situ* et ce dans l'intérêt exclusif de l'humanité (A). Par conséquent, la Convention ne tient pas compte des revendications qui pourraient éventuellement être exprimées sur des éléments du patrimoine en particulier, et en dépit des propositions formulées en ce sens lors des négociations (B).

A. Une protection *in situ* dans l'intérêt de l'humanité

La Convention de l'UNESCO oblige les États parties à opter pour une approche préventive, qui consiste à exiger l'obtention d'une autorisation avant d'entreprendre une quelconque activité sur un site (1). En outre, la protection du patrimoine culturel subaquatique dans l'intérêt de l'humanité est jugée clairement incompatible avec l'exploitation commerciale de celui-ci (2).

1. L'obligation d'opter pour une approche préventive

L'article 4 de la Convention de 2001 prévoit qu'« [a]ucune activité concernant le patrimoine culturel subaquatique à laquelle la présente Convention s'applique n'est soumise au droit de l'assistance [...] », sauf si elle est (de façon cumulative) : autorisée par les services compétents, pleinement conforme à la Convention et si « elle assure que la protection maximale du patrimoine culturel subaquatique lors de toute opération de récupération [est] garantie ». Le droit de l'assistance ou du sauvetage (« *salvage law* » dans les systèmes de *common law*) permet à toute personne ayant procédé avec diligence à la récupération d'une épave maritime – bien considéré comme étant « en péril » car susceptible d'être définitivement perdu par son propriétaire – d'obtenir une récompense pour service rendu. Aux États-Unis, ce droit a été élaboré de manière jurisprudentielle par les tribunaux fédéraux de l'Amirauté, ces derniers l'ayant parfois même appliqué à la récupération d'épaves historiques¹¹⁷. L'article 4 de la Convention a été perçu par les négociateurs comme le résultat d'un compromis, la Convention de 1989 sur l'assistance ne portant d'ailleurs « atteinte à aucune des dispositions de la législation nationale ou d'une convention internationale relatives aux opérations

¹¹⁶ FRIGO (M.), *Circulation des biens culturels, détermination de la loi applicable et méthodes de règlement des litiges*, *RCADI*, t. 375, 2016, p. 114. En ce sens également, voir PROTTE (L.V.), « Problems of private international law for the protection of the cultural heritage », *RCADI*, t. 217, 1989-V, p. 296.

¹¹⁷ Parmi les affaires les plus célèbres qui concernaient des épaves de galions espagnols, on peut notamment citer l'affaire *Treasure Salvors* qui concernait l'épave du *Nuestra Señora de Atocha* naufragé au large de la Floride et qui a donné lieu à de nombreuses décisions juridictionnelles.

d'assistance effectuées par des autorités publiques ou sous leur contrôle » (article 5, § 1). Dans les deux textes, le sauvetage d'une épave historique ou culturelle est donc toujours susceptible de faire l'objet d'un contrat de concession. Il suffit que le sauveteur diligent puisse être rémunéré.

L'application du droit du sauvetage aux biens culturels submergés ne rencontre généralement pas l'adhésion des archéologues, outre le fait que les vestiges archéologiques submergés ne constituent pas à proprement parler des biens « en péril » au sens traditionnel du terme¹¹⁸. En droit maritime, le sauvetage – tel qu'il est régi par les règles issues de l'*Admiralty law* et par la Convention de Londres de 1989 sur l'assistance – s'effectue en dehors de tout contrat. Le droit à récompense ne découle pas d'une obligation contractuelle mais s'explique par un impératif de politique publique, lié à la nécessité de rémunérer le sauveteur de ses efforts¹¹⁹. La récupération d'épave peut donc s'effectuer de manière spontanée et donner lieu à récompense sans nécessité d'obtenir une autorisation préalable. En outre, la rémunération est due même si l'opération ne fait intervenir aucun archéologue ou n'est pas effectuée en conformité avec les standards archéologiques¹²⁰. Les méthodes employées par les sauveteurs (souvent professionnels) visent généralement à assurer l'efficacité maximale de l'opération à moindre coût, et sont susceptibles de causer des dégâts considérables au site et à son environnement marin¹²¹. Durant les négociations de la Convention de l'UNESCO de 2001 sur la protection du patrimoine culturel subaquatique, certains États et experts gouvernementaux¹²² se sont ainsi farouchement opposés à l'application du droit du sauvetage aux biens culturels sous-marins, refusant de s'inspirer de la jurisprudence rendue par les tribunaux de l'Amirauté américains qui se sont efforcés d'adapter la *salvage law* à la récupération d'épaves historiques. La volonté d'interdire l'application de ce corps de règles au patrimoine culturel subaquatique ressort ainsi clairement des négociations qui ont eu lieu au sein de l'ILA et de l'UNESCO¹²³.

Il n'en reste pas moins que l'article 4 de la Convention de l'UNESCO de 2001 est susceptible d'entrer en conflit avec la Convention de 1989 sur l'assistance¹²⁴ puisqu'en vertu de cette dernière, le sauveteur qui aura opéré sous contrôle des autorités publiques pourra se prévaloir des droits et recours prévus par la Convention (article 5, § 2). Il sera créancier d'une récompense obtenue selon les règles issues du droit du sauvetage, lesquelles lui imposent une obligation de diligence. Or, rien n'indique que cette obligation peut être interprétée comme prescrivant au sauveteur de s'attacher à préserver la valeur culturelle des biens faisant l'objet des opérations, d'autant que le Protocole à la Convention de 1989 qui avait été proposé par G. Brice et qui était destiné

¹¹⁸ Étude de faisabilité..., op. cit., n. 5, § 30.

¹¹⁹ WILLIAMS (M.V.), « From seabed to land: a legislative case study of the submarine *Resurgam* », in CORNU (M.) et FROMAGEAU (J.) (dirs), *Le patrimoine culturel et la mer: aspects juridiques et institutionnels*, t. I, Paris, L'Harmattan, 2002, p. 143.

¹²⁰ VARMER (O.), « The case against the salvage of the cultural heritage », *JMLC*, vol. 30, 1999, p. 296.

¹²¹ ILA, *Report of the sixty-sixth conference, Buenos Aires draft convention on the protection of the underwater cultural heritage: final report* (Rapporteur: M. James A. R. Nafziger), Buenos Aires, 1994, p. 438.

¹²² Le professeur T. Scovazzi a notamment dénoncé l'approche « premier arrivé, premier servi » qu'encourageait l'application du droit du sauvetage. SCOVAZZI (T.), « The convention on the protection of the underwater cultural heritage », in SCOVAZZI (T.) (a cura di), *La protezione del patrimonio culturale sottomarino del mare Mediterraneo*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 34.

¹²³ ILA, *Report of the sixty-fifth conference, Report and draft convention for consideration at the 1992 conference* (Rapporteur: M. James A. R. Nafziger), Cairo, 1992, p. 355 ; *Rapport de la réunion d'experts...*, op. cit., n. 80, § 32.

¹²⁴ Dans le sens d'une incompatibilité totale entre les deux instruments, voir GRIGGS (P.) and KIMBALL (J.D.), « Consideration of the UNESCO Convention on the protection of underwater cultural heritage : report of the CMI working group », *CMI Yearbook*, 2002, p. 156, § 8, c).

à adapter les règles issues du droit du sauvetage à la protection du patrimoine culturel subaquatique n'a finalement pas pu être adopté¹²⁵.

L'entrée en vigueur de la Convention de 2001 revient donc à exclure l'application du droit du sauvetage traditionnel aux éléments du patrimoine qui entrent dans son champ d'application plutôt qu'à adapter ce corps de règles. En plus d'imposer aux États parties d'interdire, dans le cadre de leur compétence, toute activité de sauvetage spontané, elle les oblige à rémunérer l'opération au regard du respect des prescriptions archéologiques figurant dans les règles de l'Annexe. Par conséquent, la Convention de 2001 opère comme une règle à la fois spéciale aux épaves historiques et archéologiques et postérieure à la Convention de 1989. C'est dire que les États parties aux deux traités devront appliquer les dispositions du premier, même en l'absence de réserves à la Convention sur l'assistance. Quant à l'article 303 de la Convention de Montego Bay, il impose aux États parties de protéger les objets historiques et archéologiques retrouvés en mer et de coopérer à cette fin (§ 1), tout en refusant de porter atteinte « au droit de récupérer des épaves et aux autres règles du droit maritime » (§ 3). La disposition se réduit à poser une obligation de diligence dans un objectif de protection des objets historiques et archéologiques¹²⁶ mais ne prétend en aucun cas indiquer aux États quels sont les moyens à mettre en œuvre pour y parvenir. Les premiers demeurent libres de déterminer les modalités d'exercice de leurs pouvoirs (pourvu qu'ils les exercent effectivement) et de décider des mesures les plus opportunes, lesquelles pourraient tout à fait consister en une adaptation des règles issues du droit du sauvetage maritime en cas de récupération d'objets historiques et archéologiques¹²⁷.

En revanche, l'article 303, § 1, de la Convention de Montego Bay encadre la mise en œuvre des compétences étatiques en excluant toute assimilation des objets historiques et archéologiques à des *rei nullorum* susceptibles de faire l'objet d'activités de récupération non réglementées ou encore à des *rei communium* accessibles et utilisables par tous. Ainsi, si les États parties à la Convention de Montego Bay demeurent libres d'organiser la protection comme ils l'entendent, ils ne pourront pas se prévaloir d'une quelconque liberté de récupération des épaves découvertes en mer¹²⁸. Cette hypothèse est d'autant plus probable que l'article 149 leur impose de conserver ou de céder les objets « dans l'intérêt de l'humanité ». Par ailleurs, les parties à la Convention de l'UNESCO de 2001 devront s'en tenir aux dispositions de l'article 4 précité, lequel jouera en tant que droit spécial et postérieur à la Convention de Montego Bay¹²⁹.

¹²⁵ Voir BRICE (G.Q.), « Draft protocol to the Salvage Convention 1989 », *CMI Yearbook*, 1999, p. 361. Ce texte avait pourtant été conçu comme une alternative pour les puissances maritimes qui se seraient montrées insatisfaites de la nouvelle Convention de l'UNESCO. KIMBALL (J.D.), « UNESCO draft convention on the protection of underwater cultural heritage : report to the members of the CMI IWG on salvage of historic wrecks », *CMI Yearbook*, 2001, p. 619, § 20.

¹²⁶ En ce sens également, voir MAINETTI (V.), « Considerazioni in tema di esercizio della sovranità archeologica da parte dello stato costiero », in CAMARDA (G.) and SCOVAZZI (T.) (eds), *The protection of the underwater cultural heritage: legal aspects*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 232.

¹²⁷ D'ailleurs, les résolutions adoptées annuellement par l'Assemblée générale des Nations Unies à propos des océans et du droit de la mer demandent aux États « [...] de s'employer de concert à aplanir les difficultés ou à exploiter les possibilités liées à des questions aussi diverses que la recherche du bon équilibre entre le droit qui régit la récupération des épaves, d'une part, et, de l'autre, la gestion et la conservation scientifiques du patrimoine culturel sous-marin [...] ». A/RES/70/235, 15 mars 2016, § 8. Voir également A/RES/60/30 du 8 mars 2005, § 7 et A/RES/68/70 du 9 décembre 2013, § 7.

¹²⁸ En ce sens également, voir ILA, *op. cit.*, n. 14, p. 216.

¹²⁹ Rappelons que cette dernière prévoit que les clauses de l'article 303 s'appliquent « sans préjudice des autres accords internationaux et règles du droit international concernant la protection des objets de caractère archéologique ou historique » (article 303, § 4).

La meilleure façon de bénéficier de la source d'informations que représente un site d'épave serait donc de laisser tous ses éléments en place, au risque de détruire ces ressources non renouvelables¹³⁰. Une fois naufragé en effet, le navire s'intègre à son environnement marin qui le recouvre progressivement ; le processus de détérioration devient alors très lent du fait du manque d'oxygène¹³¹. Les fouilles sur le site risquent en revanche de menacer sa stabilité en l'exposant à l'eau et à l'oxygène¹³². Une opération de récupération qui échoue peut en outre aboutir à un résultat désastreux. Pour toutes ces raisons, les sites submergés sont souvent décrits comme une capsule de temps qui doit être préservée de toute interférence pour les générations présentes et futures¹³³. Les épaves culturelles ne devraient donc pouvoir être récupérées qu'à condition qu'il soit scientifiquement démontré qu'elles ne peuvent plus être préservées dans leur environnement naturel¹³⁴. Quoi qu'il en soit, la préservation *in situ* des sites submergés est clairement envisagée par la Convention de l'UNESCO de 2001 comme une option prioritaire avant que toute opération ne soit entreprise sur le site (article 2, § 5).

La Convention de l'UNESCO de 2001 impose par ailleurs certaines obligations aux États parties. Les États côtiers, d'une part, doivent mettre en œuvre leur compétence territoriale d'une certaine manière, en prescrivant « l'application des Règles de l'Annexe aux interventions sur le patrimoine culturel subaquatique présent dans leurs eaux intérieures, leurs eaux archipélagiques et leur mer territoriale » (article 7, § 2). La compétence normative reconnue à l'État côtier se trouve donc liée, tout comme lorsqu'il décide de la mettre en œuvre dans sa zone contiguë (article 8). Les négociateurs ont insisté sur la nécessité de spécifier, dans le futur texte, que les États étaient tenus d'appliquer les Règles de l'Annexe en instaurant notamment des mécanismes d'autorisation pour les interventions¹³⁵. En France, l'article L. 532-7 du Code du patrimoine interdit ainsi toute activité de prospection à l'aide de matériels spécialisés permettant d'établir la localisation du patrimoine culturel, de fouilles ou de sondages sans en avoir préalablement obtenu l'autorisation. Il en va de même pour les prélèvements sur le bien culturel maritime ou pour son déplacement. Une licence est également requise aux fins d'entreprendre des travaux archéologiques. Des dispositions similaires figurent également dans les législations d'autres États parties à la Convention de l'UNESCO, et notamment dans les lois belge¹³⁶, italienne¹³⁷, espagnole¹³⁸ ou encore sud-africaine¹³⁹.

Les États semblent avoir communément admis qu'ils ne pouvaient assurer une protection satisfaisante aux biens culturels submergés dans leurs eaux sans requérir le signalement de leur découverte, en particulier lorsque l'inventeur entend mener des

¹³⁰ *Rapport du Directeur général... op. cit.*, n. 64, Annexe 1, § 49 et Annexe 2, p. 2.

¹³¹ VARMER (O.), *op. cit.* n. 120, p. 280. L'épave du *Titanic* aurait ainsi été conservée du fait de l'environnement des grands fonds et surtout par l'obscurité, le froid, la faible oxygénation et la pression qui y règnent. GOY (R.), *op. cit.*, n. 59, p. 768.

¹³² VARMER (O.), *op. cit.* n. 120, pp. 280-281.

¹³³ *Eod. loc.*, p. 286.

¹³⁴ *Eod. loc.*, pp. 287-288.

¹³⁵ *Rapport final de la troisième réunion d'experts gouvernementaux chargés d'examiner le projet de convention sur la protection du patrimoine culturel subaquatique*, 21 août 2000, UNESCO Doc. CLT-2000/CONF.201/7, Annexe 3, p. 17.

¹³⁶ Loi relative à la protection..., *op. cit.*, n. 108, article 6, § 1.

¹³⁷ *Legge 23 ottobre 2009 n. 157*, « Ratifica ed esecuzione della Convenzione sulla protezione del patrimonio subacqueo, con Allegato, adottata a Parigi il 2 novembre 2001, e norme di adeguamento dell'ordinamento interno », *Gazzetta Ufficiale n. 262 del 10 de novembre 2009*, articles 5, § 1, et 9.

¹³⁸ *Ley 14/2014...*, *op. cit.*, n. 42, articles 376 et 377.

¹³⁹ *National Heritage Resources Act n° 25 of 1999*, section 35, (4).

opérations de fouilles ou de récupération sur les vestiges. Outre la nécessité d'établir un inventaire des sites, ceci constitue un préalable indispensable au contrôle des activités par les autorités publiques. L'obligation de notifier les découvertes figure ainsi dans beaucoup de législations nationales (notamment dans les législations précitées) alors même que la Convention de l'UNESCO de 2001 ne le requiert pas explicitement dans les zones soumises à souveraineté étatique. Par ailleurs, la Convention n'interdit pas aux États de prévoir des incitations financières en vue de favoriser le signalement des découvertes, même si les archéologues considèrent qu'une telle incitation est contraire à l'éthique de protection du patrimoine¹⁴⁰.

D'autre part, les États parties ont pour obligation d'interdire « l'utilisation de leur territoire, y compris leurs ports maritimes, ainsi que les îles artificielles, installations et structures relevant de leur juridiction exclusive ou placées sous leur contrôle exclusif, à l'appui d'interventions sur le patrimoine culturel subaquatique non conformes aux dispositions de la présente Convention » (article 15). Au-delà de la limite externe des 24 milles marins, l'État côtier bénéficie de la simple faculté d'autoriser ou d'interdire des interventions sur le site pour prévenir un danger immédiat pour le patrimoine culturel subaquatique situé sur son plateau continental ou dans sa zone économique exclusive (article 10, § 4).

D'un autre côté, l'article 16 établit une véritable responsabilité de l'État du pavillon, qui doit obligatoirement mettre en œuvre sa compétence pour s'assurer que ses navires et ressortissants « s'abstiennent de procéder à des interventions sur le patrimoine culturel subaquatique d'une manière non conforme à la présente Convention ». Le choix des moyens employés à cette fin est cependant laissé à l'appréciation discrétionnaire de l'État du pavillon, libre de prendre « toutes les mesures opportunes ». Enfin, les États doivent réglementer et sanctionner les comportements adoptés par leurs navires en activité dans la Zone internationale des fonds marins puisqu'il « incombe à tous les États parties de protéger le patrimoine culturel subaquatique dans la Zone, conformément à la présente Convention [...] » (article 11, § 1). Un an après l'entrée en vigueur de la Convention, le Conseil consultatif, scientifique et technique a d'ailleurs insisté sur la nécessité de rappeler aux États l'obligation à laquelle ils devaient se conformer en vertu de l'article 16¹⁴¹.

Or, dans la pratique, les mesures de mise en œuvre de la compétence personnelle aux fins de la protection de n'importe quel bien culturel submergé en mer demeurent assez exceptionnelles. Seules les dispositions de la loi italienne du 23 octobre 2009 semblent retranscrire fidèlement l'esprit des règles âprement négociées à l'UNESCO¹⁴². Elles prévoient même des sanctions pénales en cas de manquement à l'obligation de notification¹⁴³. Les États se montrent en effet peu enclins à contrôler les opérations de fouilles et de récupération menées en haute mer par leurs nationaux et les navires battant leur pavillon, sauf lorsqu'ils revendiquent un intérêt spécifique sur un site¹⁴⁴. En

¹⁴⁰ Voir not. en France les articles L 532-3, L 532-6 et L 532-13 du Code du patrimoine.

¹⁴¹ Convention sur la protection du patrimoine culturel subaquatique, Conseil consultatif scientifique et technique, 1^{ère} session, *Résolutions et recommandations*, 17 juin 2010, UNESCO Doc. UCH/10/1.MAB/220/6REV, p. 4.

¹⁴² *Legge 23 ottobre 2009...*, *op. cit.*, n. 137, articles 5, § 3, et 6, § 1.

¹⁴³ *Eod. loc.*, article 10.

¹⁴⁴ Cette conclusion découle notamment de l'accord conclu entre le Royaume-Uni, l'Estonie, la Finlande et la Suède relativement à l'épave du *M/V Estonia*. Accord concernant le *M/S Estonia*, *Recueil des Traités des Nations Unies*, 1995, vol. 1890, I-32189, p. 178. Il en va de même de l'accord du 6 novembre 2003 négocié entre les États-Unis, la France, le Canada et le Royaume-Uni pour protéger l'épave du *Titanic*, et qui est

dehors de ces cas, l'étude de l'éventuelle adoption d'un système d'autorisation se réduit principalement à la pratique de l'État côtier dans ses eaux territoriales, dans sa zone contiguë ou dans la zone des 200 milles marins lorsqu'il s'estime compétent. Il est heureux, par conséquent, que la Convention de l'UNESCO de 2001 ait mis en place un mécanisme de coopération pour protéger les vestiges découverts dans la zone économique exclusive ou sur le plateau continental.

2. L'interdiction absolue de toute exploitation commerciale

La lutte contre l'exploitation commerciale intervient principalement à la suite de la récupération des biens culturels submergés en mer. Dans la Convention de l'UNESCO de 2001 sur la protection du patrimoine culturel subaquatique, l'interdiction de l'exploitation commerciale figure parmi les principes généraux auxquels les États parties doivent se conformer lors de l'application du texte (article 2, § 7) car un tel comportement est contraire à l'esprit de la recherche scientifique ou archéologique¹⁴⁵. Ainsi, « [l']exploitation commerciale du patrimoine culturel subaquatique à des fins de transaction ou de spéculation ou sa dispersion irrémédiable » est jugée « foncièrement incompatible avec la protection et la bonne gestion de ce patrimoine » (Règle 2 de l'Annexe). Le préambule reflète d'ailleurs les préoccupations des rédacteurs face à l'intensification de « certaines activités tendant à la vente, l'acquisition ou le troc d'éléments du patrimoine culturel subaquatique » (clause 8). Les travaux préparatoires ne révèlent pas de discussions majeures à ce sujet et il semblerait que la nécessité d'interdire la mercantilisation des éléments du patrimoine culturel subaquatique ait fait l'objet d'un consensus¹⁴⁶. Pour la plupart des négociateurs, il était clair que les biens culturels ne devaient en aucun cas servir à obtenir des gains commerciaux ni être aliénés comme n'importe quel autre objet¹⁴⁷. C'est donc sans peine que son interdiction a été insérée à l'article 2, § 7, du texte final parmi les objectifs et principes généraux de la Convention¹⁴⁸.

Le Conseil consultatif, scientifique et technique créé en soutien à l'application de la Convention de 2001 a également refusé que les opérations menées sur des sites archéologiques subaquatiques puissent être financées par l'aliénation des objets découverts sur ces sites. Pour les experts, une telle aliénation – nécessairement planifiée avant la fouille – risquerait d'entraîner la mise en place d'un système d'exploitation commerciale¹⁴⁹. Les États parties à la Convention ne peuvent autoriser des opérations que si une base de financement adéquate est assurée pour mener à bien toutes les étapes du projet et ce en conformité avec la Règle 2 qui interdit la vente du patrimoine culturel

entré en vigueur entre les États-Unis et le R-U le 18 novembre 2019. Le texte est consultable sur le site : <https://www.state.gov/wp-content/uploads/2020/02/19-1118-Maritime-Matters-Shipwrecks-Titanic-11.18.19.pdf> (visité le 11/09/2021).

¹⁴⁵ *Rapport du Directeur général sur les actions prises en vue de déterminer l'opportunité d'élaborer un instrument international sur la protection du patrimoine mondial culturel subaquatique*, 5 août 1997, UNESCO Doc. 29 C/22, § 45.

¹⁴⁶ Seul le Royaume-Uni a exprimé sa position de manière ambiguë. Il a suggéré un amendement à la Règle 2 de l'Annexe, selon lequel les éléments du patrimoine culturel subaquatique ne devraient « normalement » pas faire l'objet de transactions. Troisième réunion d'experts..., op. cit., n. 81, p. 19.

¹⁴⁷ *Draft convention for the protection of the underwater cultural heritage*, Third meeting of governmental experts UNESCO headquarters. Paris. 3 – 7 July 2000, *Document presented by the government of Italy*, Part I, § 12.

¹⁴⁸ Cette disposition semble avoir été unanimement acceptée puisque les États sur le territoire desquels des transactions de biens culturels ont fréquemment lieu (les États-Unis, le Royaume-Uni et les Pays-Bas) n'en ont pas fait mention au moment de formuler leurs commentaires sur le texte. DROMGOOLE (S.), op. cit., n. 4, p. 238.

¹⁴⁹ Troisième réunion du Conseil consultatif scientifique et technique, *Rapport, recommandations et résolutions*, 20 avril 2012, UNESCO Doc. UCH/12/3.STAB/220/9 REV, p. 7.

subaquatique (Règle 17)¹⁵⁰. Les Directives élaborées pour l'application de la Convention de l'UNESCO¹⁵¹ prévoient également la constitution d'un Fonds pour le patrimoine culturel subaquatique afin de compléter l'action menée par les États au niveau national (directive 65)¹⁵². Les États parties – et, en priorité, les pays en développement – pourront ainsi solliciter une assistance financière (directive 68)¹⁵³. De plus, les Statuts du Conseil consultatif, scientifique et technique de la Convention de 2001 attribuent à cet organe le rôle de fournir un avis scientifique ou technique aux États parties sur la mise en œuvre des Règles annexées à la Convention, cette fonction pouvant s'exercer dans le cadre de missions organisées dans les États qui le souhaiteraient (article 1, (c), (i))¹⁵⁴. Des interventions ont ainsi été menées sur demande des États concernés à Haïti¹⁵⁵, à Madagascar¹⁵⁶ et au Panama¹⁵⁷. Une mission est également en cours au Guatemala et une autre va être organisée au Paraguay¹⁵⁸.

Il apparaît cependant que si l'exploitation commerciale est entendue comme désignant toute entreprise permettant de tirer des gains monétaires du patrimoine culturel subaquatique¹⁵⁹, seules certaines activités sont en réalité prohibées, à savoir les opérations de spéculation, de vente, d'achat ou de troc (Règle 2). Des possibilités d'exploitation commerciale respectueuses des sites et conformes à l'éthique archéologique sont donc offertes aux États parties puisque ces pratiques s'inscriront dans une optique de développement durable, à l'instar de l'exploitation touristique.

En vertu de l'article 2, § 3, de la Convention de l'UNESCO de 2001, les États parties doivent en effet protéger le patrimoine culturel subaquatique dans l'intérêt de l'humanité, celui-là étant désigné dans le Préambule comme « partie intégrante du patrimoine culturel de l'humanité ». Or, un patrimoine commun (« *common heritage* ») mérite d'être protégé en vue d'un usage rationnel et soucieux des générations futures. Son accès est donc réglementé plutôt que partagé, à l'inverse du « *shared heritage* » qui figurait dans la version initiale du texte¹⁶⁰. Cependant, il faut noter que les objets

¹⁵⁰ *Ibidem*.

¹⁵¹ *Directives opérationnelles...*, op. cit., n. 26.

¹⁵² Le Conseil consultatif, scientifique et technique s'est cependant montré préoccupé par le peu de ressources budgétaires dont il disposait pour mener à bien sa mission. Voir not. *Meeting of States parties, Summary record of the fifth session of the meeting of States parties*, 4 May 2015, UNESCO Doc. UCH/17/6.MSP/220/3, §§ 22-23.

¹⁵³ Les États membres de l'Union européenne bénéficient également de la compétence d'appui de l'Organisation, laquelle est à même de coordonner et de compléter l'action des États membres en matière culturelle (article 6, c)), du TFUE). Elle pourra ainsi encourager la coopération, surtout en ce qui concerne la conservation et la sauvegarde du patrimoine culturel d'importance européenne (article 167, § 1).

¹⁵⁴ *Statuts du Conseil...*, op. cit., n. 24.

¹⁵⁵ Convention on the protection of underwater cultural heritage, Report and evaluation : mission of the scientific and technical advisory body to Haiti, 5-15 septembre 2014, UNESCO Doc. <http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CLT/images/Haiti-STAB-en.pdf>, pp. 5-6 (visité le 2/06/2021).

¹⁵⁶ Convention sur la protection du patrimoine culturel subaquatique de 2001, *Rapport et évaluation, Mission du 16-24 juin 2015 du Conseil consultatif scientifique et technique à Madagascar*, UNESCO Doc. http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CLT/pdf/Rapport_Madagascar_FR_public.pdf (visité le 11/09/2021), p. 3.

¹⁵⁷ Convention sur la protection du patrimoine culturel subaquatique de 2001, Conseil consultatif scientifique et technique, *Rapport de la mission au Panama (6-14 juillet 2015 et 21-29 octobre 2015) concernant le projet relatif à l'épave du San Jose*, UNESCO Doc. <http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CLT/pdf/STAB-Panama-Report-FR-public.pdf> (visité le 11/09/2021).

¹⁵⁸ Onzième réunion du Conseil consultatif scientifique et technique, Résolutions et recommandations, 14-15 septembre 2020, UNESCO Doc. UCH/20/11.STAB/11, recommandation 4 STAB 11.

¹⁵⁹ DROMGOOLE (S.), op. cit., n. 4, p. 210.

¹⁶⁰ Deuxième réunion d'experts gouvernementaux chargés d'examiner le projet de convention sur la protection du patrimoine culturel subaquatique, *Exposé synoptique des observations relatives au projet de convention*

historiques et archéologiques ne font pas partie intégrante du « patrimoine commun de l'humanité » constitué de la Zone internationale des fonds marins et de ses ressources (article 136 CNUDM)¹⁶¹. Dans leur volonté de limiter le régime de la Zone internationale des fonds marins à l'exploration et à l'exploitation des ressources minérales, les États ont d'ailleurs bien pris soin de différencier les vestiges des ressources naturelles tout au long des négociations¹⁶². L'article 149 de la Convention de Montego Bay prévoit cependant que les objets historiques et archéologiques retrouvés dans la Zone internationale des fonds marins doivent être « conservés et cédés dans l'intérêt de l'humanité toute entière, compte tenu en particulier des droits préférentiels des droits ou du pays d'origine, ou de l'État d'origine culturelle, ou encore de l'État d'origine historique ou archéologique », sans qu'un rôle quelconque ait finalement été attribué à l'Autorité internationale des fonds marins à cet effet¹⁶³.

La Convention de l'UNESCO de 2001 sur la protection du patrimoine culturel subaquatique confie en effet aux États parties le soin de gérer les biens culturels retrouvés dans la Zone. Durant la négociation de la Convention, les avis ont divergé quant à la création d'une nouvelle organisation en charge des interventions archéologiques dans la Zone¹⁶⁴, ou quant au rôle à attribuer à l'Autorité internationale des fonds marins¹⁶⁵. En tout état de cause, les négociateurs de la Convention de 2001 semblaient s'accorder sur le rôle central que devait jouer l'UNESCO, soit pour délivrer des permis de fouilles¹⁶⁶, soit pour recevoir les notifications¹⁶⁷ et évaluer ainsi la valeur culturelle de l'objet retrouvé dans la Zone. L'article 11, § 1, finalement adopté, impose aux États parties d'exiger de leurs nationaux ou du capitaine du navire battant leur pavillon qu'ils leur déclarent les découvertes et leur signalent toute intention de procéder à une intervention sur le patrimoine culturel subaquatique situé dans la Zone, et aussi de protéger le patrimoine culturel qui y est situé conformément à l'article 149 de la Convention de Montego Bay. C'est ensuite au même État partie qu'il incombe de notifier la découverte ou la volonté d'intervenir au Directeur général de l'UNESCO et au Secrétaire général de l'Autorité internationale des fonds marins (article 11, § 2). Les États parties ayant manifesté un intérêt relativement à l'objet retrouvé désignent ensuite un « État coordonnateur », chargé de délivrer les autorisations préalables aux interventions (article 11, § 5). Dans tous les cas, chaque État peut adopter des mesures visant à prévenir tout danger immédiat (provenant ou non de l'activité humaine) pour le patrimoine, et notamment pour en empêcher le pillage (article 11, § 3). C'est donc aux États parties à la Convention de Montego Bay et à la Convention de l'UNESCO de 2001 qu'il revient d'assurer la gestion des éléments du patrimoine culturel submergé en mer dans l'intérêt de l'humanité, aucun organe international n'ayant été désigné pour remplir de telles fonctions. L'État coordonnateur agit « au bénéfice de l'ensemble de

sur la protection du patrimoine culturel subaquatique, 19-24 avril 1999, UNESCO Doc. CLT-99/CONF.204/5, p. 1 ; Troisième réunion d'experts..., *op. cit.*, n. 81, p. 3.

¹⁶¹ En sens contraire, voir, DUPUY (R.J.), « La notion de patrimoine commun de l'humanité appliquée aux fonds marins », in *Droits et libertés à la fin du XXème siècle, Études offertes à Claude-Albert Colliard*, Paris, Pedone, 1984, p. 12.

¹⁶² STRATI (A.), « Deep seabed cultural property and the common heritage of mankind », *ICLQ*, vol. 40, 1991, p. 892.

¹⁶³ NORDQUIST (M.H.) et al., *op. cit.*, n. 35, p. 229 ; *Texte unique de négociation révisé présenté par le Président de la Première Commission*, A/CONF.62/WP.8/REV.1/PART 1, 6 mai 1976, article 19.

¹⁶⁴ Lors de l'élaboration du texte, des experts gouvernementaux avaient pourtant proposé de créer une nouvelle organisation en charge des interventions archéologiques dans la Zone. *Rapport du Directeur général...* *op. cit.*, n. 64, § 41.

¹⁶⁵ Troisième réunion d'experts..., *op. cit.*, n. 81, p. 14.

¹⁶⁶ *Ibidem*.

¹⁶⁷ *Ibidem*.

l'humanité, au nom de tous les États parties » lorsqu'il gère des activités menées sur des objets situés dans la Zone (article 12, § 7)¹⁶⁸.

D'autre part, l'interdiction d'exploiter commercialement les biens culturels sous-marins a pour corollaire l'obligation, pour les États parties à la Convention de l'UNESCO, de lutter contre le trafic illicite¹⁶⁹ de biens culturels à l'échelle internationale. Sur leur territoire, les États parties doivent tout d'abord « empêcher l'entrée, le commerce et la possession de patrimoine culturel subaquatique exporté illicitement et/ou récupéré, lorsque cette récupération viole les dispositions de la Convention » (article 14). Un contrôle douanier sera donc nécessaire afin de vérifier que les navires en provenance des eaux internationales ne tentent pas d'introduire des objets culturels récupérés sans autorisation sur le territoire. Chaque État doit par ailleurs « procéder à la saisie, sur son territoire, des éléments du patrimoine culturel subaquatique qui ont été récupérés d'une manière non conforme aux dispositions de la [...] Convention » (article 18, § 1). Comme l'explique S. Dromgoole, ces mesures présentent l'avantage de priver l'auteur de l'acte délictueux du bénéfice de son activité¹⁷⁰. Dans le texte soumis par les experts de l'association en 1994, la saisie était également conçue comme un moyen d'instaurer une coopération entre les États dont le territoire était traditionnellement prisé pour le marché de l'art et ceux dont les nationaux pouvaient accéder à la technologie nécessaire à la récupération d'éléments du patrimoine submergés¹⁷¹. Dans cette optique, la saisie devait être obligatoire même lorsque les objets n'avaient été rapportés qu'indirectement sur le territoire et qu'un certain nombre de transactions avaient été effectuées depuis la récupération¹⁷². Il semblerait que la formulation de l'actuel article 18, § 1, reflète la même intention puisqu'il se réfère de manière générale aux objets « qui ont été récupérés d'une manière non conforme aux dispositions de la [...] Convention », peu importe leur lieu de provenance. Il est donc regrettable que parmi les législations nationales, les lois italienne et belge soient seules à prévoir expressément la possibilité de saisir les éléments du patrimoine récupérés en violation des dispositions de la Convention pour la première¹⁷³ et de ses propres dispositions (adoptées pour la mise en œuvre de la Convention) pour la seconde¹⁷⁴.

Les États parties doivent également prévoir des sanctions (dont la nature est laissée à leur discrétion) pour punir les infractions aux mesures qu'ils ont prises en vue de l'application de la Convention (article 17). À titre d'exemple, la loi italienne de 2009 prévoit des sanctions pénales à l'encontre de toute personne qui n'aurait pas notifié la présence d'objets situés dans une zone de protection écologique ou sur le plateau continental italien¹⁷⁵ ou qui aurait entrepris des opérations dans ce même espace sans y avoir été autorisée¹⁷⁶. Ses dispositions punissent également les sujets internes ayant mené des activités dans la Zone internationale des fonds marins ou sous la juridiction

¹⁶⁸ Ainsi, sur le plateau continental et dans la zone économique exclusive, il agit seulement « au nom des États parties dans leur ensemble et non dans son propre intérêt » (article 10, § 6).

¹⁶⁹ Le trafic illicite a été défini comme tout « transfert d'un État à un autre effectué en violation de normes nationales ou internationales visant à la protection de la propriété des biens culturels ou de la conservation de leur intégrité ou du lien avec une communauté étatique et territoriale déterminée ». CORNU (M.), FROMAGEAU (J.) et WALLAERT (C.) (dir.), *Dictionnaire comparé du droit du patrimoine culturel*, Paris, C.N.R.S. Éditions, 2012, p. 945.

¹⁷⁰ DROMGOOLE (S.), *op. cit.*, n. 4, p. 330.

¹⁷¹ ILLA, *op. cit.*, n. 121, p. 441.

¹⁷² *Eod. loc.*, p. 442.

¹⁷³ *Legge 23 ottobre 2009...*, *op. cit.*, n. 137, article 7.

¹⁷⁴ Loi relative à la protection..., *op. cit.*, n. 108, article 18.

¹⁷⁵ *Legge 23 ottobre 2009...*, *op. cit.*, n. 137, article 10, § 1.

¹⁷⁶ *Eod. loc.*, article 10, § 5.

d'un autre État partie à la Convention avant toute approbation ou de manière non conforme aux termes de cette dernière¹⁷⁷. Il en va de même en ce qui concerne l'introduction sur le territoire italien ou la commercialisation d'éléments du patrimoine sans que les autorités aient pu donner leur aval en application de la Convention¹⁷⁸.

En revanche, la Convention de l'UNESCO de 2001 ne prévoit pas clairement l'obligation, pour les États parties, de contrôler l'exportation des biens culturels sous-marins présents sur leur territoire ou dans leurs eaux territoriales¹⁷⁹. Cette exigence peut cependant être déduite du principe d'interdiction de l'exploitation commerciale qui figure à l'article 2, § 7, et être ainsi commandée par une interprétation de bonne foi du traité. D'autre part le texte renvoie, dans son préambule (al. 12), à l'application de la Convention de l'UNESCO de 1970 concernant les mesures à prendre pour interdire ou empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels (ci-après Convention de l'UNESCO de 1970), cet instrument étant considéré à ce jour comme étant le plus important pour la lutte contre le trafic international de biens culturels¹⁸⁰.

La Convention de l'UNESCO de 2001 sur la protection du patrimoine culturel subaquatique exige surtout des États parties qu'ils prennent des mesures de contrôle à l'importation. En vertu de l'article 14, ils doivent en effet « empêcher l'entrée sur le territoire [...] de patrimoine culturel subaquatique exporté illicitement [...] ». Selon cette disposition, la mise en œuvre de la compétence territoriale n'a pas seulement pour finalité de réprimer les fouilles illicites (en contrôlant les biens introduits sur le territoire par la mer) mais vise également à instaurer une coopération avec l'État d'origine géographique du bien, lequel a pu valablement en interdire l'exportation. Pour faciliter cette coopération, l'article 19, § 2, prévoit d'ailleurs un système de partage d'informations entre États parties qui suppose notamment d'informer les autres États des fouilles ou récupérations effectuées en violation de la Convention. En outre, dans la Convention, le contrôle des échanges internationaux ne vise pas tant à éviter la soustraction d'un bien culturel sous-marin au patrimoine national d'un État qu'à réprimer les fouilles illicites une fois qu'elles ont été commises. Ceci pourrait expliquer que le texte n'aborde pas la question de la restitution des biens culturels à l'État d'origine par l'État destinataire et que les États aient seulement convenu de contrôler l'entrée des vestiges sur leur territoire¹⁸¹. La loi modèle élaborée par l'UNESCO pour la protection du patrimoine culturel incite cependant les États membres à insérer, dans leurs législations nationales, une disposition prévoyant le retour des biens culturels exportés sans le certificat requis par les autorités de l'État d'origine ou qui auraient été déclarés inaliénables par celui-ci¹⁸².

¹⁷⁷ *Eod. loc.*, article 10, § 6.

¹⁷⁸ *Eod. loc.*, article 10, § 7.

¹⁷⁹ Dans la Convention de La Valette pour la protection du patrimoine archéologique de 1992, les parties ne sont encouragées à restreindre le mouvement des éléments du patrimoine archéologique que lorsqu'ils proviennent de découvertes incontrôlées, de fouilles illicites ou de détournements de fouilles officielles (article 10, § v).

¹⁸⁰ FRIGO (M.), *op. cit.* n. 116, p. 255.

¹⁸¹ La question de la restitution aurait également volontairement été évincée au prétexte que la Convention concernerait surtout des biens retrouvés au-delà des eaux territoriales des États parties. STRATI (A.), *op. cit.*, n. 47, p. 55, § 12.4.

¹⁸² UNESCO, *Model for a national act on the protection of cultural heritage*, 2013, article 23, § 1), a), et e). À consulter sur http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CLT/pdf/UNESCO_MODEL_UNDE_RWATER_ACT_2013.pdf (visité le 11/09/2021).

B. *Une protection primant sur d'éventuels intérêts ou droits subjectifs*

La Convention de l'UNESCO de 2001 se préoccupe plus de la protection du patrimoine culturel subaquatique dans l'intérêt de l'humanité que des intérêts de l'État propriétaire ou de tout autre État pouvant se prévaloir d'un lien culturel ou historique avec les biens submergés¹⁸³. Les exigences tirées de la protection du patrimoine culturel subaquatique ont conduit les négociateurs à privilégier celle-ci sans s'intéresser particulièrement aux revendications (de propriété ou autre) susceptibles d'être formulées par les États autres que l'État compétent, ou encore par des individus qui étaient propriétaires d'une épave avant son naufrage. Pour ces derniers, les législations internes prévoient généralement la possibilité de revendiquer le bien dont ils ont été privés en raison du naufrage¹⁸⁴. Ainsi, la question de savoir si les droits de propriété dont pouvait se prévaloir un État ou un individu avant le naufrage sont maintenus après que l'épave ait passé un certain temps sous les eaux est totalement passée sous silence dans la Convention de l'UNESCO de 2001. Celle-ci laisse aux États parties le soin de déterminer le statut des biens culturels submergés.

Dans la pratique, le simple passage du temps depuis le naufrage ne suffira pas à refuser à l'État du pavillon le droit d'opposer ses droits de propriété. Les puissances maritimes qui sont parties à la Convention de l'UNESCO de 2001 ont même plutôt tendance à accueillir les revendications de propriété formulées par leurs pairs. À l'inverse, les États d'Amérique latine mettent en avant la souveraineté qui leur est reconnue dans leurs eaux territoriales pour se considérer en droit de s'approprier n'importe quel vestige culturel submergé dans cette zone, y compris les épaves de galions espagnols¹⁸⁵. Par ailleurs, l'article 303, §§ 1 et 3, de la Convention de Montego Bay impose aux États parties de protéger les objets historiques et archéologiques découverts en mer et de coopérer à cette fin et précise que cette règle ne porte pas atteinte aux droits des propriétaires identifiables. Sans véritablement obliger l'État compétent à tenir compte des droits de propriété de ses pairs, la disposition semble en tout cas ménager cette possibilité, en soulignant que la protection du patrimoine n'est pas incompatible avec l'exercice de droits de propriété¹⁸⁶. De manière générale, le droit international demeure relativement silencieux sur cette question : aucune règle précise ne permet de déterminer avec certitude l'issue d'une revendication qu'un État pourrait formuler par voie diplomatique pour faire reconnaître ses droits patrimoniaux auprès de l'État en possession de l'épave ou, plus généralement, du bien culturel submergé.

Les droits de propriété dont un État peut se prévaloir à l'égard des épaves de ses navires marchands n'ont cependant rien de commun avec ceux qui sont liés à des prérogatives de puissance publique et qui pourraient être reconnus sur les engins (navires et

¹⁸³ Ceci est particulièrement visible dans le Préambule du projet de 1999. STRATI (A.), *op. cit.*, n. 47, p. 11.

¹⁸⁴ La France ne s'attribue ainsi la propriété des biens culturels maritimes couverts par le Code du patrimoine que si leur propriétaire n'est pas susceptible d'être retrouvé (article L. 532-2 du Code du patrimoine).

¹⁸⁵ Par exemple, il faut rappeler que l'Uruguay a appliqué son droit interne pour récupérer l'épave du *San Salvador* (navire de l'Empire espagnol perdu à l'époque napoléonienne), alors que l'Espagne se prévalait du régime des immunités souveraines et s'opposait farouchement aux opérations. BOU FRANCH (V.) and AZNAR GÓMEZ (M.J.), « Spanish practice on ancient sunken warships and other state vessels », in SCOVAZZI (T.) (a cura di), *op. cit.*, n. 122, p. 256.

¹⁸⁶ Les travaux préparatoires ne sont malheureusement d'aucun secours pour interpréter cette disposition. Voir notamment NORDQUIST (M.H.) et al., *op. cit.*, n. 35, pp. 158-162. Certains auteurs semblent quant à eux considérer que l'article 303, § 3, impose à l'État compétent de tenir compte des droits des propriétaires identifiables. LUCCHINI (L.) et VOELCKEL (M.), *Droit de la mer, t. II, Délimitation, navigation et pêche, vol. 2, Navigation et pêche*, Paris, Pedone, 1996, pp. 121-122.

aéronefs) dits « publics », c'est-à-dire affectés à des activités militaires ou gouvernementales avant leur naufrage. Pour ces engins, les puissances maritimes tentent de faire reconnaître l'existence d'une règle coutumière en vertu de laquelle ils continueraient à bénéficier des immunités souveraines quel que soit le temps écoulé depuis leur naufrage et leur localisation en mer. Lors des négociations de la Convention de l'UNESCO de 2001 sur la protection du patrimoine culturel subaquatique, il a ainsi été suggéré d'accorder un statut particulier aux épaves de navires et aéronefs publics¹⁸⁷. Des experts tenaient à ce que le principe de l'immunité souveraine figure explicitement dans le projet de convention et l'immunité n'aurait pu être écartée qu'en cas de renonciation expresse de l'État du pavillon à ses droits¹⁸⁸. Selon eux, l'État du pavillon d'une épave bénéficiant de l'immunité souveraine devait toujours être seul à même d'exercer sa compétence sur l'épave et son contenu dans toutes les zones maritimes¹⁸⁹ et aucune mesure de protection prise sur l'épave n'aurait pu se passer de son consentement exprès¹⁹⁰. Par ailleurs, le recours à la loi du pavillon (à l'exclusion de toute autre) pour déterminer le statut d'un navire de guerre naufragé permettrait de reconnaître les droits de propriété de l'État du pavillon, la plupart des législations nationales prévoyant l'imprescriptibilité du titre de l'État du pavillon sur ses navires de guerre¹⁹¹. L'enjeu était donc d'assurer une unité de régime au profit des navires publics, qu'ils soient ou non submergés.

Le groupe des États d'Amérique latine et des Caraïbes ainsi que l'Iran se sont cependant opposés à une exclusion totale des épaves de navires et aéronefs publics du champ d'application de la Convention de l'UNESCO¹⁹². S'en serait suivie en effet la soustraction d'une partie importante du patrimoine submergé au système de protection que les États souhaitaient mettre en place dans la Convention de l'UNESCO¹⁹³. Certains experts ont ainsi soutenu que la reconnaissance d'immunités souveraines aux navires de guerre et autres navires publics n'étant pas appropriée lorsque ces derniers entraient dans la définition du patrimoine culturel subaquatique, et qu'elle ne saurait être automatique dans ce contexte¹⁹⁴. Par ailleurs, la notion de « navires de guerre » n'était pas non plus perçue comme recouvrant une réalité unique au regard de l'ancienneté de certaines épaves de navires susceptibles d'être protégées. Il est en effet vraisemblable qu'un certain nombre de navires ayant fait naufrage avant le XIX^e siècle ne seraient pas qualifiés de navires publics au regard des critères actuels, qui visent à distinguer nettement les navires de guerre des navires marchands.

Quoi qu'il en soit, le texte de la Convention de l'UNESCO de 2001 ne prévoit, tel qu'il a été finalement adopté, aucune exclusion de principe des épaves d'engins publics et envisage même qu'elles puissent être incluses dans la définition du patrimoine culturel subaquatique telle qu'elle est posée dans le texte (article 1, § 8). L'interdiction d'émettre des réserves formulées à l'article 30 exclut toute possibilité pour les États parties d'exempter leurs épaves de navires publics de l'application des dispositions de la Convention. En revanche, la Convention de l'UNESCO ne refuse pas, par principe, le

¹⁸⁷ *Rapport final de la deuxième réunion d'experts ...*, op. cit., n. 48, § 15.

¹⁸⁸ *Ibidem*.

¹⁸⁹ *Eod. loc.*, § 22.

¹⁹⁰ *Ibidem*.

¹⁹¹ QUENEUEDEC (J.-P.), « Chronique du droit de la mer », *AFDI*, vol. 36, 1990, p. 751.

¹⁹² *Deuxième réunion d'experts ...*, op. cit., n. 160, p. 3.

¹⁹³ *Rapport de la réunion d'experts ...*, op. cit., n. 80, § 14.

¹⁹⁴ *Rapport final de la deuxième réunion d'experts ...*, op. cit., n. 48, § 11. Le texte n'avait pas pour but de satisfaire les intérêts égoïstes des États mais plutôt de protéger un patrimoine dans l'intérêt de l'humanité.

bénéfice des immunités souveraines à l'État du pavillon mais se contente de renvoyer au régime défini par le droit positif en la matière sans en préciser le contenu (article 2, § 8). Par ailleurs dans les zones de souveraineté, ses dispositions n'obligent à aucun moment l'État compétent à s'abstenir de prendre des mesures à l'égard des épaves d'engins publics pouvant être qualifiées d'éléments du patrimoine culturel subaquatique aux fins de l'application de la Convention. En vertu de l'article 7, § 3, l'État dans les eaux territoriales ou archipélagiques duquel sont découverts des navires et aéronefs d'État est seulement incité à en informer l'État du pavillon dans un esprit de coopération¹⁹⁵. Si la Grèce a pu déplorer la seule mention de la possibilité d'informer l'État du pavillon en tant que partisane de l'extension des compétences de l'État côtier¹⁹⁶, la plupart des États – dont les puissances maritimes – ont considéré que la disposition rompait l'équilibre des compétences durement établi par la Convention de Montego Bay au détriment de l'État du pavillon. Ce fut le cas notamment du Royaume-Uni et de la France¹⁹⁷. Le refus que les États-Unis¹⁹⁸ et la France¹⁹⁹ ont opposé à la ratification de la Convention de l'UNESCO de 2001 s'explique d'ailleurs en grande partie par le fait qu'elle n'exige pas le consentement préalable de l'État du pavillon pour toute activité sur ses navires et aéronefs publics naufragés (quand bien même la France est devenue partie en 2013).

En revanche, l'État côtier coordinateur ne pourra ni autoriser ni entreprendre d'activités sur les engins publics submergés sur son plateau continental ou dans sa zone économique exclusive sans le consentement de l'État du pavillon (article 10, § 7), sauf atteinte à ses droits souverains (article 10, §§ 2 et 7) ou nécessité de prendre des mesures conservatoires (article 10, §§ 4 et 7), ces mesures étant également applicables à la zone contiguë (article 8). L'adoption de mesures sur les navires ou aéronefs publics situés dans la Zone internationale des fonds marins est quant à elle subordonnée au consentement de l'État du pavillon dans tous les cas (article 12, § 7). La Convention de 2001 ne semble donc reconnaître le maintien des immunités souveraines que lorsque l'épave est située au-delà des eaux territoriales d'un État étranger.

La reconnaissance d'immunités souveraines aux épaves de navires et aéronefs militaires et assimilés se comprend plus aisément lorsque le naufrage a eu lieu dans un passé relativement récent, l'engin étant alors plus susceptible d'être perçu comme un instrument de l'État du pavillon. Les revendications en ce sens semblent d'ailleurs aisément admises dans la pratique et il arrive fréquemment que l'État côtier consulte l'État du pavillon originaire avant toute interférence sur l'épave²⁰⁰, ce dernier profitant souvent de cette occasion pour faire valoir ses droits. Pour les navires dont le naufrage

¹⁹⁵ La résolution adoptée par l'Institut de droit international en 2015 sur le régime juridique des épaves des navires publics se montre plus favorable à la reconnaissance des immunités souveraines. Elle prévoit d'abord que les navires publics naufragés « bénéficient de l'immunité de juridiction vis-à-vis de tout État autre que l'État du pavillon » (article 3) et qu'il en va de même de la cargaison (article 5, § 1). Cette règle joue ainsi comme exception à la compétence de l'État côtier pour « réglementer les activités sur les épaves dans ses eaux intérieures, ses eaux archipélagiques et sa mer territoriale » (article 7). *Le régime juridique des épaves des navires de guerre et des épaves des autres navires d'État en droit international* (rapporteur : M. Natalino Ronzitti), Résolution de l'IDI, 9^{ème} Commission, Session de Tallinn, 29 août 2015.

¹⁹⁶ *Statements on vote...*, *op. cit.*, n. 67.

¹⁹⁷ *Ibidem*.

¹⁹⁸ *Digest...*, *op. cit.*, n. 144, 2001, p. 695.

¹⁹⁹ *Statements on vote...*, *op. cit.*, n. 67.

²⁰⁰ En ce sens également, voir GARABELLO (R.), « Sunken warships in the Mediterranean. Reflections on some relevant examples in state practice relating to the Mediterranean sea », *in* SCOVAZZI (T.) (a cura di), *op. cit.* n. 122, p. 192.

est plus ancien, la pratique internationale en faveur de la reconnaissance d'immunités souveraines est limitée à certains États²⁰¹.

Plus généralement, la Convention de l'UNESCO de 2001 ne définit pas non plus clairement les droits des États pouvant se prévaloir d'un intérêt particulier sur un site d'épave, pas plus, d'ailleurs, que la Convention de Montego Bay. L'article 149 de cette dernière se contente d'énoncer que « [t]ous les objets de caractère archéologique ou historique trouvés dans la Zone sont conservés ou cédés dans l'intérêt de l'humanité tout entière, compte tenu en particulier des droits préférentiels de l'État ou du pays d'origine, ou de l'État d'origine culturelle, ou encore de l'État d'origine historique ou archéologique ». Cette disposition, adoptée à l'initiative de la Turquie et de la Grèce²⁰², n'a pas fait l'objet de réelles controverses durant les négociations, dans la mesure où elle ne suscitait pas d'inquiétudes majeures ; personne n'envisageait à l'époque que beaucoup d'objets puissent être découverts dans la Zone internationale des fonds marins²⁰³.

De son côté, la Convention de l'UNESCO de 2001 sur la protection du patrimoine culturel subaquatique incite les États parties à conclure des accords dans lesquels ils promouvraient l'adhésion des « États ayant un lien vérifiable, en particulier un lien culturel, historique ou archéologique avec le patrimoine culturel subaquatique » (article 6, § 2). Cette disposition témoigne du souhait d'accorder à ces derniers un droit de regard sur la mise en œuvre des compétences reconnues à leurs pairs. Ainsi, lorsque des biens culturels sont retrouvés dans la zone économique exclusive ou sur le plateau continental d'un État partie, un autre peut lui faire savoir « qu'il souhaite être consulté sur la manière d'assurer la protection effective de ce patrimoine », cette déclaration devant « être fondée sur un lien vérifiable [...] » (article 9, § 5). L'État concerné devra joindre certains éléments de preuve à sa déclaration : des résultats d'expertise scientifique, une documentation historique ou toute autre documentation appropriée²⁰⁴, étant bien entendu que l'État propriétaire ou ayant été le propriétaire de l'objet n'est pas le seul susceptible de faire valoir un intérêt. Une fois cet intérêt démontré, l'État coordonnateur devra consulter le ou les État(s) concerné(s) sur la meilleure façon de protéger le patrimoine (article 10, § 3, (a)). Les États ayant manifesté un intérêt pourront même désigner un État coordonnateur si l'État côtier ne souhaite pas assumer cette charge (article 10, § 3, (b)). C'est ainsi que l'Algérie, le Maroc, l'Égypte, la Croatie, la France, l'Italie et l'Espagne ont demandé à être consultés et ont intégré le comité

²⁰¹ Dans les positions qu'ils ont communiquées au Département d'État américain en 2004, la France, l'Allemagne, le Royaume-Uni, l'Espagne, le Japon et la Russie ont tenté d'imposer la reconnaissance coutumière d'immunités souveraines aux épaves d'engins publics. *Digest...*, *op. cit.*, n. 144, 2004, p. 717. Ces déclarations reprennent le contenu de la disposition qui avait été proposée par les États socialistes d'Europe de l'Est lors de la neuvième session de la III^{ème} Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer, au cours des discussions relatives à l'article 96 : « *Sunken warships, as well as sunken vessels which are owned or operated by a State and which are only on government non-commercial service continue to enjoy complete immunity from the jurisdiction of any State other than the flag State* ». NORDQUIST (M.H.) (ed.), *op. cit.*, n. 54, p. 160, § 96.8. Les propositions n'ayant reçu que trop peu d'adhésions de la part des négociateurs, aucun régime n'est spécifiquement prévu au profit des épaves de navires public dans la Convention de Montego Bay. Nations Unies, *Troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer*, Documents officiels, vol. XIII, 1980, 126^{ème} séance plénière, pp. 12-27, §§ 108 (Union soviétique) et 170 (Sri Lanka) ; 127^{ème} séance plénière, pp. 27-36, §§ 69 (Pologne) et 83 (République socialiste soviétique d'Ukraine) ; 128^{ème} séance plénière, pp. 36-57, §§ 6 (Hongrie) et 10 (Angola).

²⁰² NANDAN (S.N.) et al., *op. cit.*, n. 12, p. 228.

²⁰³ OXMAN (B.H.), « The third United Nations conference on the law of the sea : the ninth session (1980) », *AJIL*, vol. 75, 1981, p. 240.

²⁰⁴ *Directives opérationnelles...*, *op. cit.*, n. 26, p. 9.

institué en vue de la protection du site des Bancs de Skerkis, sous coordination de la Tunisie.

Concernant les objets retrouvés dans la Zone, c'est au Directeur général de l'Autorité internationale des fonds marins qu'un État partie doit faire connaître son souhait d'être consulté, cette déclaration devant elle aussi être fondée sur un lien vérifiable avec le patrimoine. Mais il semblerait que pour se conformer à l'article 149 de la Convention de Montego Bay, ce lien soit apprécié différemment, « compte tenu en particulier des droits préférentiels des États d'origine culturelle, historique ou archéologique » (article 11, § 4). L'État coordonnateur devra ainsi accorder une attention toute particulière à ces droits lorsqu'il mettra en œuvre les mesures de protection convenues lors de la consultation (article 12, § 6).

Selon que les objets ont été retrouvés dans la Zone internationale des fonds marins ou en deçà, les droits à prendre en considération ne sont théoriquement pas les mêmes. Les États parties à la Convention de l'UNESCO de 2001 devront consulter les États ayant manifesté un « lien vérifiable » culturel, historique ou archéologique avec le patrimoine retrouvé dans la zone économique exclusive ou sur le plateau continental d'un État partie. L'avis délivré par l'État intéressé aura un poids décisif puisque l'État coordonnateur devra ensuite mettre en œuvre les mesures de protection qui auront été décidées par les États participant à la consultation (article 10, § 5, (a)). Pour les objets retrouvés dans la Zone internationale des fonds marins, les États parties à la Convention de l'UNESCO pouvant se prévaloir d'un lien vérifiable ont là encore le droit d'être consultés. Parmi ces États, les « États d'origine culturelle, historique ou archéologique » bénéficient toutefois de « droits préférentiels », expression que l'on retrouve également à l'article 149 de la Convention de Montego Bay.

Ces dispositions posent des problèmes d'interprétation qui se révèlent quasiment insolubles en l'absence de pratique, notamment sur le contenu des droits préférentiels. Au regard des travaux préparatoires menés au sein du Comité des utilisations pacifiques du fond des mers et des océans au-delà des limites de juridiction nationales, ils pourraient désigner un droit de préemption en cas de cession ou encore le droit d'acquérir les biens²⁰⁵. Dans la Convention de 2001 cependant, les droits préférentiels de l'État d'origine culturelle, historique ou archéologique pourraient se comprendre comme le droit d'être consulté en priorité ou, du moins, d'exercer une influence décisive sur les décisions prises à l'issue de la consultation. Le contenu des droits préférentiels sera probablement précisé au cas par cas, en fonction des intérêts en présence et des échanges diplomatiques des États concernés. L'origine culturelle, historique ou archéologique n'est par ailleurs définie dans aucune des deux Conventions. Cette pluralité de « liens vérifiables » est susceptible de fonder les revendications de nombreux États sur un même bien culturel ce qui, en l'absence de hiérarchie entre eux, causera des difficultés tant pour décider de l'issue des consultations que pour mettre en œuvre les droits préférentiels²⁰⁶.

²⁰⁵ En ce sens également, voir BORIES (C.), *Le patrimoine culturel en droit international : les compétences des États à l'égard des éléments du patrimoine culturel*, Paris, Pedone, 2011, p. 405.

²⁰⁶ À titre d'exemple, l'Espagne pourrait ainsi se trouver contrainte de faire face aux revendications d'États qui, du fait de son histoire coloniale, mettraient en avant des liens avec la cargaison d'un navire sur lequel le maintien de la compétence espagnole aura été reconnu. Dans l'affaire *Odyssey Marine Exploration*, le Pérou était ainsi intervenu pour faire valoir un intérêt sur les pièces d'or et d'argent abritées par l'épave du *Nuestra Señora de las Mercedes* au motif qu'elles avaient été fabriquées par les communautés autochtones à l'époque de l'Empire colonial, dans des mines situées sur son territoire et confisquées par l'Espagne. Dans ces

Dans la Convention de l'UNESCO de 2001, la seule véritable obligation qui pèse sur les États parties dans l'exercice de leurs pouvoirs vis-à-vis des éléments du patrimoine submergés dans les zones de souveraineté est en réalité celle de prescrire l'application des Règles de l'Annexe. L'État côtier est seulement incité à informer les États pouvant se prévaloir d'un lien vérifiable avec des navires et aéronefs publics submergés de la découverte de ces derniers, tout comme il lui est conseillé d'en informer l'État du pavillon. Sur son territoire en revanche, l'État partie qui a procédé à la saisie d'éléments du patrimoine culturel subaquatique doit le notifier non seulement au Directeur général de l'UNESCO mais également à tout État ayant un lien vérifiable (article 18, § 3). Il devra ensuite veiller à ce qu'il en soit disposé dans l'intérêt général, en tenant compte notamment des intérêts de tout État ayant un lien vérifiable (article 18, § 4). Issue de l'article 12, § 1, du projet de Convention de 1999, certains négociateurs souhaitaient que cette disposition oblige l'État compétent à restituer le patrimoine culturel récupéré dans les eaux territoriales d'un autre État partie et illicitement exporté. Dans la mesure où, cependant, les dispositions de la Convention se préoccupent avant tout des éléments du patrimoine découverts au-delà des eaux territoriales, il a été jugé préférable d'éviter de réglementer cette question, considérée comme étant trop délicate²⁰⁷.

Par ailleurs, la Convention prévoit que l'État côtier peut réglementer et autoriser les interventions sur le patrimoine culturel subaquatique dans sa zone contiguë mais ce « [s]ans préjudice, et en sus, des articles 9 et 10 [...] ». Il semblerait donc qu'à l'instar de l'État coordonnateur (lorsque les biens ont été découverts au-delà de la limite externe de 24 milles marins), l'État côtier soit contraint de consulter l'État pouvant se prévaloir d'un lien vérifiable. L'existence d'une obligation de coopération imposée à l'État côtier dans sa zone contiguë a cependant été débattue à l'heure d'élaborer les Directives opérationnelles d'application de la Convention, celles-ci n'imposant de notifier les découvertes au Directeur général de l'UNESCO (lui-même chargé de mettre ces informations à disposition des États parties) que lorsqu'elles sont réalisées dans la zone économique exclusive ou sur le plateau continental (article 9, § 3).

La pratique ne fait état que de peu de cas dans lesquels les droits de l'État d'origine culturelle, historique et archéologique ont été reconnus par l'État compétent. Notamment, elle ne permet pas d'indiquer si l'État compétent se considère dans l'obligation d'accueillir les revendications de propriété de ses pairs et d'en tirer les conséquences nécessaires au moment de prendre des mesures sur le bien ou si son attitude n'est dictée que par la courtoisie²⁰⁸, voire par la volonté de se prémunir contre d'éventuelles complications politiques. Les États côtiers semblent plus enclins à coopérer avec l'État qui se prévaut d'un lien vérifiable lorsque ce dernier renonce à imposer la reconnaissance de ses droits de propriété et qu'il se montre simplement soucieux de participer à la protection d'une épave située dans des eaux étrangères. Ainsi, le Mexique semble s'être montré disposé à coopérer avec l'Espagne relativement aux épaves de navires situées près de ses côtes, et un Mémoire d'entente a été conclu

conditions, les biens provenaient du Pérou d'un point de vue géographique, culturel et historique. *Odyssey Marine Exploration, Inc. v. Unidentified, shipwrecked vessel*, 675 F.Supp.2d 1126 at 1129 (M.D.Fla. 2009).

²⁰⁷ STRATI (A.), *op. cit.*, n. 47, p. 54, § 12.4. Par ailleurs, la restitution du bien à l'État pouvant se prévaloir d'un lien vérifiable pourrait entrer en conflit avec l'intérêt général et avec la nécessité de reconstituer les collections dispersées, tous deux mentionnés à l'article 18, § 3.

²⁰⁸ En ce sens, voir GARABELLO (R.), *op. cit.*, n. 200, p. 183.

en 2014 entre les institutions compétentes au Mexique et en Espagne pour la gestion et la mise en valeur du patrimoine culturel²⁰⁹.

Dans ses résolutions portant sur « Les océans et le droit de la mer », l'Assemblée générale des Nations Unies affirme chaque année que « le patrimoine archéologique, culturel et historique sous-marin [...] recèle des informations essentielles sur l'histoire de l'humanité et que ce patrimoine est une ressource à protéger et à préserver »²¹⁰. Par ailleurs, elle encourage les États membres de la communauté internationale à ratifier la Convention de l'UNESCO de 2001 sur la protection du patrimoine culturel subaquatique ou, plus exactement, elle « demande aux États qui ne l'ont pas encore fait d'envisager d'y devenir parties »²¹¹. Au vu du peu d'États ayant aujourd'hui ratifié le texte, il est clair que la Convention est loin d'avoir eu le succès escompté.

Très peu d'États ont d'ailleurs adopté des instruments de protection véritablement adaptés au patrimoine culturel subaquatique. La plupart d'entre eux se contentent de signer des accords bilatéraux afin de déterminer le statut et le régime d'épaves qui revêtent pour eux une certaine importance et qui ont été découvertes dans des eaux internationales ou étrangères, de recourir aux règles régissant la protection du patrimoine terrestre, d'y insérer des dispositions spécifiques aux biens culturels subaquatiques ou, pire encore, d'appliquer les règles issues du droit maritime.

Enfin, le mécanisme de protection mis en place par la Convention de l'UNESCO à l'égard des épaves retrouvées dans les eaux internationales n'ayant trouvé à s'appliquer que très récemment, il est encore impossible de mesurer son efficacité. L'expérience du comité créé en vue de la protection du site des Bacs de Skerki s'avèrera ainsi déterminante et pourra sans doute contribuer à lever certaines réticences en cas de succès. Dans le même esprit, la promotion de l'accès du public aux éléments du patrimoine culturel subaquatique est aujourd'hui considérée comme un enjeu de taille dans le cadre du suivi de la Convention et de la mise en place d'une coopération entre États parties, l'idée étant de sensibiliser le public à l'importance de ce patrimoine²¹².

²⁰⁹ Memorandum de entendimiento entre el ministerio de educación, cultura y deporte del Gobierno de España y la secretaría de educación pública del Gobierno de los Estados Unidos mexicanos para la cooperación en la identificación, gestión, investigación, protección, conservación y preservación de recursos y sitios del patrimonio cultural subacuático, Préambule. Le texte nous a aimablement été communiqué par le professeur M. J. Aznar Gómez.

²¹⁰ Voir not. A/RES/75/239, préambule, p. 6.

²¹¹ *Eod. loc.*, § 9.

²¹² L'UNESCO encourage ainsi les États parties à adopter des « Meilleures pratiques » afin de donner une plus grande visibilité à la promotion et à la protection du patrimoine culturel subaquatique. Voir <https://fr.unesco.org/underwater-heritage/best-practices> (visité le 2/06/2021).

Legal Pathways to Ensure Museum Brand Equity: A Brief Analysis of the Use of Intellectual Property Rights

Mme Capucine Nicolas,
Brand development, musée du Louvre
✉ *Lecturer à l'Université Panthéon-Assas*

Introduction

Brand equity in the cultural field is definitely a business that matters. For few years, publications regularly assess museums in their attempts to conciliate experience, retail and image association while steadying their financial resources.¹ With the COVID-19 crisis and the deep economic recession faced in the cultural field generated, recommendations and scientific articles now urge museums to ensure revenues from brand equity.²

Since the 90s, British and American cultural institutions have developed such activity proactively. It is particularly the case for the British V&A, the Tate and the British Museum, or the American Guggenheim, MoMa, and MET. With few public grants allocated over museums, this commercial rationale came naturally. In Latin countries, where cultural institutions are mainly supported by public funds, it is not a surprise that commercial policies were implemented in response to the decrease of these resources. Sometimes government incentives even directly required museums to build a strong brand equity to prevent future shortfalls. For instance, back in 2006, the French Jouyet-Levy Report on Immaterial Economy³ asserted that: “*French cultural brands are exceptionally well recognized, which should allow museums to have a very high brand value on their balance sheets.*”⁴ Expectations were huge.

Nowadays, even though a museum did not identify brand development as a priority in its roadmap it cannot afford to miss such opportunity; at least to protect its business goodwill. Diane Zorich rightfully summarizes it in a commercial analysis of the Intellectual Property rights detained by museums:

*“Whether museums wish to be considered a “brand” or not, they certainly have an interest in determining how their name is used and seen by others, as well as ensuring that it is not used in a detrimental manner. Improper use of a museum’s name can adversely affect its prestige and tarnish its image as an institution dedicated to serving the public good.”*⁵

Thus, brand equity is not only a means to raise money and to enhance prestige but also a means not to lose both.

¹ R. JONES, “Curators may be sceptical but branding is vital for museums”, *The Guardian*, 1 May 2014; FRENCH COUR DES COMPTES, *La valorisation internationale de l’ingénierie et des marques culturelles – Le cas des musées nationaux*, Communication à la commission des finances du Sénat, March 2019; F. GIANNINI, “Firenze, Palazzo Vecchio regalato a D&G: chiuso 13 giorni con concessione gratuita”, *Finestre sull’Arte*, 4 September 2020.

² J. LARKIN and P. BURTENSHAW, “Museums and New Business Models”, *ICOM Voices*, 31 March 2021.

³ M. LEVY and J-P. JOUYET, *L’économie de l’immatériel : la croissance de demain*, Rapport public du ministère de l’Economie, des Finances et de l’Industrie, 2006.

⁴ *ibid.*, Chapter 3, p.115, our trad.

⁵ D. M. ZORICH, *Developing Intellectual Property Policies: A How-To Guide for Museums*, 2003.

Some voices (S.E Weil 2002,⁶ R. E. Pantalony 2013)⁷ even suggest that ensuring steady revenues is part of museums' mandate. Worst, missing to take into account that financial stakes could eventually affect the *quality* of a museum:

*“Good IP management practices also ensure that the museum understands the financial stakes and can determine the ability to balance them against purpose and mandate. This is a necessity in running an institution of quality because in this sense, IP management speaks directly to the capability of the institution to carry out its purpose.”*⁸

We can easily predict that this doctrine has a good chance to be popularised in the near future. At least, in the British-American world. Even though as of today the term *quality* is not appropriate, in early 2019 the Covid suddenly revealed the dangerousness of relying on one source of income –ticketing, and putting aside IP management. Therefore, if a strong IP portfolio does not alter the quality of the museum, it certainly fosters its survival.

The economic tension created in the cultural sector by the sanitary crisis beginning in 2019 has particularly affected worldwide private museums with fragile corporate treasury. In November 2020, a survey from the International Council of Museums (hereinafter ICOM) stated that 90% of museums have closed their doors during the crisis and more than 6% may never reopen.⁹ ICOM collected these figures before the second confinement in Western Europe. We can sadly expect them to be a bit more important today. American museums, representing approximately one tier of the 95 000 museums identified worldwide,¹⁰ have known a dramatic year with 40% of museum professionals losing part of their income and 30% losing the entirety of their income.¹¹ Trying to address the situation, major museums including the Brooklyn museum and the Metropolitan Museum of Art proceed to *deaccessioning*, i.e. the ability for an American museum to sell out an artwork from its collection to pay salaries and other costs, while creating controversy and impoverishment of American museums' collections.¹²

A steady intellectual property management that ensures museums' brand equity is not a miracle solution but a first step for consolidating incomes and securing the brand image of the museum. Moreover, it represents a critical long-term investment as managing immaterial rights is a mandatory basis for the development of the museum digital activity. However, as of today, most museums -and especially public ones-, do not benefit from a tailor-made legal framework. While being pushed to act as private companies, cultural institutions can have trouble to implement a strong IP policy, that is a source of revenues, without useful legal means.

This article in Part I defines what *brand equity* is and how it emerged in the cultural field in the early 2000's. Part II studies the use of Intellectual Property Law as legal means for ensuring brand equity.

⁶ S.E. WEIL, *Are you really worth what you cost, or just merely worthwhile? And who gets to say?*, Assembly 2002: Asking the Right Questions, Museum Trustee Association in collaboration with the Getty Leadership Institute, October 11-12, 2002.

⁷ R. E. PANTALONY, *Managing Intellectual Property for Museums*, WIPO Publication, 2013.

⁸ *Ibid.*, p.11.

⁹ ICOM REPORT, *Museum, museum professionals and COVID-19: Final Survey*, November 2020, p.11.

¹⁰ UNESCO REPORT, *Museums around the World in the Face of COVID-19*, May 2020.

¹¹ AMERICAN ASSOCIATION MUSEUM REPORT, *Measuring the Impact of COVID-19 on People in the Museum Field*, 17-21 March 2021, p.2.

¹² P. MCGLONE AND S. SMEE, “The Met plans to use money from art sales to help it survive the pandemic. Critics say it’s a dangerous precedent.”, *The Washington Post*, March, 8th 2021.

I. Defining Brand Equity

Brand is a marketing asset, based on Intellectual Property Rights and whose purpose is to be highly valued as equity in the entity's balance sheet. At the crossroads of financial, communication and legal stakes, *brand equity* roots in a concerted synergy of these three indices.

From an external point of view, it can be assessed by the opinion that the public can have on a cultural institution moreover than the quality of the scientific purpose and conservation methods that serve its collections. From an internal point of view, it can be assessed by the amount of revenues generated thanks to the use of the name of the museum.

A. Brand and Marketing in Museums

Marketing strategy and client-oriented techniques have concerned museums shortly after the emergence of marketing in the 60's. Back then, museums used it to enhance the visitor experience and souvenirs related to this experience.¹³ Newsletters, advertisements, and other similar techniques are still in use today. Marketization of museums *per se* came later in the 90's. It was notably embedded in the appointment of Thomas Krens, a Yale MBA student, as the director of the Solomon R. Guggenheim museum in New York.¹⁴ Thanks to his new role and business skills, he initiated the licensing of Guggenheim trademarks with the Italian Collection Peggy Guggenheim in Venice, the Spanish Guggenheim in Bilbao, and the late German Deutsche Guggenheim in Berlin –closed in early 2013.

This revolution in the museum world has given birth to many others at the regional or international level. Nowadays we can count at least 10 declinations of major worldwide museums. This trend has never decreased particularly for French museums. The Louvre accounts for two declinations –the Louvre Lens in France that opened in 2012 and the Louvre Abu Dhabi in the United Arab Emirates (opening in 2017). The Centre Pompidou also accounts for two declinations –the Centre Pompidou Metz in France (opening in 2010), and the Centre Pompidou Malaga in Spain (opening in 2015); and soon a third declination will be built. Indeed the museum just announced in early June 2021 the opening of an American Centre Pompidou in Jersey City, in the New-York suburb, USA.¹⁵

The concept of *brand equity* covers both the marketization of the museum *per se* and all revenues generated from products or services based on the museum name. For instance, regarding marketing and brand image, the Metropolitan Museum of Art beneficiaries from a very glamour and renowned brand thanks to its fundraising gala held every year with Vogue magazine, i.e. the *Met Ball*. This springtime event created in 1948 has built through the years a certain exclusivity and a solid attractiveness towards fundraisers. With millions of dollars gathered every year, the Met Ball provides the Costume Institute curatorial department, the unique beneficiary of the charity, with regular revenues. Further than the unquestionable seriousness and quality of the museum, fundraisers also give for something else, something more : the brand image

¹³ N. CALDWELL, "The Emergence of Museum Brands", *International Journal of Arts Management*, 2000, vol. 2, n°3, p. 28.

¹⁴ M. Levy and J-P. Jouyet, v. 3.

¹⁵ A. BOURDON, "Le Centre Pompidou s'installe près de New York : ce que l'on sait du projet", *Connaissance des arts*, June 2021.

associated with the event, the fact of being there and giving at and for this occasion. It is this little extra, which is in fact neither so little nor so extra, but which is a good example of what nurtures museum brand equity that this article is trying to understand on a legal point of view.

Regarding economic terms, V&A Enterprise Ltd, the shared capital company using V&A brand and owned at 100% by the Victoria and Albert Museum, made profits of £7.9 million (approximately €9.17 million) for the year ended 31 March 2020 (2019: £7.6 million) thanks to its brand.¹⁶ Commercial activities of V&A Enterprise Ltd range from publishing, product design and licensing to digital development and film. Another example of brand equity massive generation of revenues is the licensing of Louvre trademark for the creation of the Louvre Abu Dhabi. The contract was signed for 30 years and 6 months and the revenues reached €400 million of royalties for the whole period.¹⁷

B. *Creating a legal legitimacy and further legacy*

Those successes could not have been contemplated without a prior strong legal protection of the licensed marketing asset, i.e. the trademark, and use of binding commercial contracts. It requires the cultural institution to have built before any negotiation a legal legitimacy of its museum brand, and often at an international level. And this is not necessarily something that comes naturally.

While it is not disputed that a museum has a strong reputation as a cultural and scientific institution, this is less the case in terms of brand reputation. It is important to distinguish these two *personalities* because it plays an important role in the said legal legitimacy and later legacy of the museum as a brand.

Regarding the first scientific personality of the museum, this one is legally established. Its core objective is to preserve and display collections. Article 3 Section 1 of ICOM Statutes defines a museum as followed: “*A museum is a non-profit, permanent institution in the service of society and its development, open to the public, which acquires, conserves, researches, communicates and exhibits the tangible and intangible heritage of humanity and its environment for the purposes of education, study and enjoyment.*”¹⁸ As such, museums and their collections benefit from various international and national legal protection. The most known are ICOM statutes, the 1954 Hague Convention or the Iraq Order of 2003.¹⁹ For examples of domestic laws, the US regulates museum statute through its Code of Federal Regulations²⁰, the UK through its Charities Act of 2011²¹, and Italy through its Code of Cultural Heritage and Landscape.²²

However, regarding this second personality, few rules organize within the museum legal framework a specific statute for such an entity that gathers literacy and artistic works. Moreover, none of them considers the museum as a special brand requiring a tailor-

¹⁶ VICTORIA & ALBERT MUSEUM ANNUAL REPORT AND ACCOUNTS, 2019-2020.

¹⁷ M. ROBERT, “Louvre Abu Dhabi : une manne d'un milliard d'euros pour les musées français”, *Les Echos*, 8 novembre 2017.

¹⁸ ICOM Statutes -as amended and adopted by the Extraordinary General Assembly on 9th June 2017 in Paris, France.

¹⁹ Article 8, Iraq Order of 2003 - prohibits the importation or exportation of any cultural property illegally removed from Iraq since 6 August 1990.

²⁰ Article 2 CFR § 3187.3, Code of Federal Regulations.

²¹ Charities Act of 2011, Section 4.

²² Article 3§1, Italian Heritage and Landscape Code.

made protection. To fill in the gap and secure their names, museums call for an industrial property right: trademarks. This right is said “industrial” as it was created and thought for framing commercial licences between commercial companies.

Finally, Rina Elster Pantalony when introducing her publication « Managing Intellectual Property for Museums » rightfully notices: “*Where once museums were concerned with using the IP owned by others, they are now faced with the responsibility of managing their own IP and mediating the potential third party uses and users.*”²³ And this new IP is not of the same nature as the IP housed for years by museums: from copyright related to authors and creation, museums have to handle trademarks related to brand and industrial production. This is an interesting shift.

Nowadays with the intensification of intellectual property rights portfolio, museums professionalise this new activity. We do experience the creation of new commercial development or licensing services within museum organisational structure besides the traditional curatorial departments. Few museums even created a proper subsidiary to hold these commercial activities. It is notably the case for the British V&A Museum and its V&A Enterprises Ltd or the Danish Van Gogh Museum and its Van Gogh Museum Enterprises BV.

II. The Use of Intellectual Property Law

The protection of museum brands is organised through usual international and domestic trademark laws. However, when necessary, author’s law can provide an interesting back-up protection.

A. *The Protection of Museum Brand through Regular International and Domestic Trademark Laws*

As of today, no domestic trademark law provides for a specific statute regarding museum brands. Even for museums strongly associated with the country in which they are, such as the British Museum in the UK or the Louvre museum in France, the notion of “state emblem” does not apply under Article 6ter of the Paris Convention.²⁴ This article does apply for armorial bearings, flags and other State emblems, as well as official signs and hallmarks indicating control and warranty adopted by the State itself. A close link between national museums and national identity is worth investigating. Gabriella Elgenius, in her book “National Museums as National Symbols”, writes:

*“Dates of inauguration are of particular relevance as tangible expressions of nation-building, analyzed within their socio-political context. For instance, with the alleged crisis of a British identity today, the once construction of Britishness – gradually imposed over the Scottish and Welsh - is discussed with the inauguration of the British Museum in 1759 during a period of nation- building after the union between England and Scotland in 1707.”*²⁵

Unfortunately, neither domestic law nor court decisions are ruling in this sense.

Thus, for protecting their names, museums apply before regular international, regional or domestic trademark offices as any other commercial company that needs to protect its immaterial assets: African Regional Intellectual Property Association -ARIPA, Asia-

²³ R. E. PANTALONY, *Managing Intellectual Property for Museums*, WIPO Publication, 2013, p.5.

²⁴ Article 6ter, Paris Convention.

²⁵ G. ELGENIUS, *National Museums and Nation-Building in Europe 1750-2010: Mobilization and Legitimacy, Continuity and Change*, Aronsson P. & Elgenius G. (eds.), 2015, pp.145-166.

Pacific Economic Cooperation –APEC, or Association of Southeast Asian Nations – ASEAN, European Union Intellectual Property Office -EUIPO, or any domestic law and Intellectual Property office.

This solution is not satisfying for several reasons. The first reason is that cultural institutions, and especially public ones, lack a budget dedicated to trademark registration. This is accentuated by the second reason: registration comes late. Museums for most of the time file trademark registrations in a country a while after being known in the said country as a cultural institution. Their names either are often well known in themselves or are the one of a well-known artist. It is particularly true in foreign emerging markets where museum brands are currently in the course of registration. Those markets represent proven high economic potential. Additionally, the foreign public thanks to the internet and globalisation does know and testify interest into the museum and masterpieces of its collection.

However, these countries -and in particular China, are experiencing an intense *brand squatting*, defined as “*a situation in which someone other than the original brand owner obtains a trademark on a brand*”²⁶. Notably for brands that demonstrate a strong occidental resonance. Here registration procedures require allocating funds and time for sustaining the legal procedure: overruling refusals, responding to an opposition or filing an opposition. In this specific case, we wish that Article 6ter of the Paris Convention had embodied certain museums as national emblems. It could have been a way to ensure brand museum registration or prevent them from brand squatting. At least, it could have been a deterrent for squatters.

Finally, the last reason why trademark law is an inefficient tool for museum brands is the class system. The number of Nice Classification classes in which a museum needs to register to protect its commercial activities is massive. Beyond class 41 “*cultural activities*”, the institution needs to register in each class corresponding to commercialised derivative products, and any other online or offline charged activity on the designated territory. Knowing that, if the class is not used for five years, the trademark will be considered as abandoned and registration lost. Therefore, this system requires cultural institutions to undertake huge registration procedures, and continuing development of commercial activities in each class registered. Moreover, for most cultural institutions, development and commercialisation of products is not a top-priority, but an aside activity: few human and financial resources are allocated to it. Thus, it becomes difficult for the museum to support a strong IP policy in both registration and protection and defence stakes. A back-up solution could be the use of author’s right.

B. *The use of author’s right as a back-up solution*

When trademark registrations fail or are unaffordable for the cultural institution in need, a solution can be the licensing of author’s rights. Even though it is obviously not the preferred solution, it stands as an interesting alternative. Museums are closely linked to the masterpieces they house: *Mona Lisa* and the Louvre, *Guernica* and the Reina Sofia museum, or the *Rosetta Stone* and the British museum to quote a few. Then the idea is to seek legal protection and commercial valuation not from the museum name in itself but from its art collection.

²⁶ C. FINK; C. HELMERS, C. PONCE, *Trademarks Squatters: Evidence from Chile, Economic Research Working n°22*, 2014.

Author's rights is a legal protection covering the rights that creators have over their own literary and artistic works. The expression "literary and artistic works" shall include every production in the literary, scientific and artistic domain, whatever may be the mode or form of its expression, such as books, pamphlets and other writings.²⁷ Creators detain these rights without any registration or legal procedure. They last for 70 years after the artist's death –in most countries, and do apply to photographers over their pictures. Author's rights represent the primary source of intellectual property rights managed by museums. Indeed legal departments regularly deal with copyrights related to contemporary artworks and pictures databases of the collections. Thus, even if the artwork is in the public domain, the author's right covers its high-resolution picture.

When trademark registration is difficult for the different reasons explained above the museum can decide to negotiate the licensing of those copyrights, and especially the ones covering the photograph database of the artwork collection. The royalties are based on author's rights while using the same criteria as trademark negotiation for determining their price: territory of commercialisation, number of products, duration of contract, communication, and more. Museum photographs database agencies currently enter into this type of license but without including them within a museum brand strategy. Those database agencies are often a separate entity of the museum and author's rights attached to a photograph reproduced on a merchandise are merely added to the trademark license of the museum name as an extra term.

The use of author's rights is not an ideal solution for three main reasons. The first reason is that nowadays unfortunately many pictures of museums' masterpieces are illegally but easily available on the internet. Then it is quite difficult to highly estimate a price for photographs that can be accessible free of charge. This is why the concept of *brand equity* is very important. It offers the possibility to put a price on the aura of the museum, above the mere reproduction of the collection it shelters. The second reason is that the museum pays the photographer –the first owner of the author' right, which unavoidably reduces the museum's royalties. The third reason is that author's rights belong to the artistic legal sphere and is not a tool designed for commercial activities such as brand association. Author's rights were thought for supporting the creator over his or her work of art. To that extent, moral right allows the creator to have unlimited scrutiny over the use of his or her creation. In our case, one photographer can enforce at any time his or her moral right if he or she thinks one photograph is misused or used in an inappropriate context. The English-American *copyright*, while providing less moral rights to creators and more economic rights, is a tool more tailored for commercial use.

However, recently, intellectual property laws of two European countries have smartly implemented author's rights -and neither copyright nor trademark license, to support museums' legal arsenal in their commercial developments: France and Italy.

Article 108§1 of the Italian Cultural Heritage and Landscape Code provides that every commercial use of an artwork's image, which is displayed in an Italian museum, should be authorised by prior notification from the cultural institution.²⁸ This legal provision is of utter importance regarding Italian economic development opportunities. It allows museums to regulate their brand image thanks to the control over the reproduction of

²⁷ Article 2 (1), Berne Convention, 1886.

²⁸ Article 108, Italian Cultural Heritage and Landscape Code, as modified by the Market and Competition Annual Act of August 29th 2017.

any piece of art from their collections. Here, the Italian legislator chose author's rights as cultural goods are close in spirit and substance to artistic works.²⁹

In another context, the French Freedom of Creation, Architecture and Heritage Act (hereinafter LCAP) provides a tailor-made image and brand association legal protection for only the facades of certain national domains. The unique article of the *Subsection 5 - Management and use of the trademark and image rights of national domains*, Article L621-42 states:

“The use for commercial purposes of the image of the buildings which constitute the national domains, on any medium, is subject to the prior authorisation of the manager of the relevant part of the national domain. This authorisation may take the form of a unilateral act or a contract, with or without financial conditions.

*The royalty shall take into account the benefits of any kind accruing to the holder of the authorization”.*³⁰

Another decree short-lists six national domains including the *musée du Louvre* and the *Palais de l'Élysée* –official residence of the French presidents.³¹ Here, Article L621-42 addresses the issue of the reproduction of the facades of the said national domains. Chambord Castle and the Louvre museum whose buildings are very recognisable were particularly concerned. They were powerless before massive uses of their images and unwanted brand associations. Indeed author's rights no longer cover these centuries-old facades. Before courts, brands were winning their case and cultural institutions left resourceless.³² Eventually, for museums' economic sake, the legislator implemented in the French Heritage Code the new Article L621-42. Popularised under the name *Chambord* amendment, the legislator used author's rights to foster the legal arsenal of museums. It was a way to instil the provision in continuity while furthering the author's rights attached in the first place to the architects' creation.

However, Article L621-42 does not provide for conventional author's rights. For the first time and because the amendment has been voted in an economic context - protecting museums' image and trademark, the legislator has granted museums with only property rights and no moral rights over the reproduction of their buildings. This legal concept is then very close to the British-American *copyright*, but is nevertheless named *image right*.

Finally, European countries are creating different legal means to allow museums to protect their brand image and ensure their brand equity. While doing so they tend to shape a legal frame that looks more and more like those known in the United Kingdom and the United-States.

Conclusion. While facing new challenges, museums are praised to adapt to both the current deep recession and the recent consumption shift that is the digital economy.³³

²⁹ F. MINIO, “La libera riproducibilità dei beni culturali dopo l'emanazione della Legge 4 agosto 2017, n. 124 Legge annuale per il mercato e la concorrenza”, *Businessjus*, 2012.

³⁰ Article L621-42, Freedom of Creation, Architecture and Heritage Act (said LCAP), 7th of July 2016, our trad.

³¹ Article R621-98, French Heritage Code. The complete list being: Chambord domain, Louvre and Tuileries domains, Pau domain, Angers Castle, the Élysée Palace, and the Rhin Palace.

³² Conseil d'Etat, Assemblée, *Établissement Public du Domaine National de Chambord c/ Brasseries Kronenbourg SAS*, 13 avril 2018, n°397047.

³³ J. LARKIN and P. BURTENSHAW, “Museums and New Business Models”, ICOM Voices, 31 March 2021: “Namely, museums must develop methods of creating experiences and products they can offer directly to the public, thus

COVID-19 crisis has suddenly revealed to museums the need to ensure brand equity through good IP management as a first step to address these concerns. Even though museums are lacking appropriate legal means and clear guidelines they have actually already begun to adapt.

The Unesco report on COVID-19 impact indicates that during the lockdowns “many museum institutions have devised new ways of maintaining contact with their audiences and generating alternative financial resources, using the digital environment through virtual visits and the use of social networks.”³⁴ This development out of any specific legal frame was a strategic short-term solution, but needs now to be supported by tailor-made legal provisions. We hope that domestic laws will continue their work on the protection of their Heritage and World Heritage.

Eventually, according to Professor Stephen E. Weil’s four criteria test that establishes a museum quality, money seems to remain the sinews of war: “*One of the most immediately evident hall-marks of the successful museum will be that it regularly has in hand the fiscal resources required to accomplish its purposes on an ongoing and sustainable basis. Unpalatable as some may find the thought, money does matter in museums*”.³⁵ The purpose is then to find a balance between tackling current economic and development issues without becoming a money-driven institution.

building dispersed supporter communities rather than solely relying on attracting visitors to a site. While this model poses conceptual challenges to a sector that sanctifies the in-person experience, it also presents opportunities to create compelling forms of engagement in light of the developing digital economy and changing modes of cultural consumption”.

³⁴ UNESCO REPORT, Museums around the World in the Face of COVID-19, May 2020.

³⁵ S. E. WEIL, “Making Museums Matter”, *Smithsonian Institution Press*, Washington D.C., 2002, p.13.

Dispute Settlement and Due Diligence in the International Art Trade

Manlio Frigo

Professeur de droit international à l'Université de Milan

Of Counsel et Membre de l'Art & Cultural Property Focus Team chez BonelliErede, Milan

I. Alternative and “traditional” dispute settlement approach in the art market

Contemporary international practice in dispute settlement methods concerning the circulation of cultural property is showing remarkable developments that some prominent scholars have described as a “renewal of restitutions”¹. The alternative nature of the dispute settlement may concern not only the selected methods, but also the proposed solutions, in three different respects. First, the above available settlement mechanisms may be considered alternative to judicial dispute resolution and to the traditional diplomatic channels leading to the application of a bilateral or multilateral international treaty.

Second, the choice of an (alternative) settlement mechanism may have some significant consequences on the legal effects of the preferred tool. Indeed, an arbitration concludes with a binding arbitral award, whereas both conciliation and mediation aim to help parties reach an agreement and have entirely different legal effects.

Third, the above dispute settlement mechanisms are also alternative in terms of the material outcome of the agreement, which may be quite different from the traditional restitution or return of the object to the claimant.

In cases concerning illicit or dubious provenance, recent and contemporary international practice is marked by a variety of possible combinations: the settlement could involve an agreement on a long-term loan, the deposit of the requested object, a donation, the restitution accompanied by scientific and artistic cooperation between the parties, or an agreement to establish a trust with a view to future restitution. Evidently, alternative solutions may be found – and have indeed been found – notably in disputes between States and individuals or public or private foreign entities. But even in disputes involving States, a dispute is rarely settled through an international treaty, for several reasons. The first and most recurring reason is that States tend, where possible, to avoid an officially diplomatic approach and instead prefer to settle disputes with a less publicised contractual tool. The few examples of international disputes settled through bilateral agreements include the disputes between France and Nigeria concerning the Nok and Sokoto statuettes, or the dispute between France and South Korea concerning the royal manuscripts of the Joseon dynasty.

In the France/Nigeria dispute, the three statuettes that the French government purchased in 1999 from a Belgian art dealer had, according to the Nigerian government, been illicitly excavated and exported. They were returned to the Nigerian government in accordance with a first agreement reached in 2000 and a second agreement reached in 2002, which provided for the transfer of the ownership to Nigeria and a parallel 15-year renewable loan of the statuettes to the Quay Branly Museum in Paris².

¹ See CORNU, RENOLD, *Le renouveau des restitutions de biens culturels : les modes alternatifs de règlement des litiges*, JDI, 2009, p. 504.

² See SCHYLLON, *Negotiations for the Return of Nok Sculptures from France to Nigeria-An Unrighteous Conclusion, in Art, Antiquity and Law*, 2003, 8, pp. 133–148.

In terms of the dispute resolution mechanisms used in this area, resorting to the courts to settle a dispute frequently remains the first option for parties after all other preliminary possibilities of reaching an amicable resolution have been exhausted unsuccessfully. Moreover, depending on the situation and specific circumstances, resorting to the courts may either entail a fixed course that the parties must follow, to their regret, in the absence of an alternative, or an instrumental tool used by the claimant to put the defendant under pressure, in the hope of reaching a future agreement after negotiations appear impossible. This is, of course, a situation that has little to do with the specific features of disputes concerning the circulation of cultural property. Other specific characteristics also need to be considered that may facilitate or hamper the effort to provide a legal answer or convenient solution that is acceptable for all parties involved.

Particularly, in claims for the restitution of cultural property, the owner may need to bring legal action against the possessor before a foreign jurisdiction where the possessor is domiciled and/or where the property has been transferred. In this case, the claimant frequently faces an uncertain outcome for several reasons. These include doubts as to the law that the court will apply, the task of giving evidence of the title (namely in claims for the recovery of archaeological items that have been illicitly excavated and declared as State property in the country of origin), and the possible burden of proof of the possessor's bad faith. But if the defendant is also affected by the same or equivalent level of uncertainty, resorting to the courts may be a good starting point to make both parties aware of the risks they each face and to create the material and psychological conditions for negotiations.

The different capacity and status of the parties (i.e., States, companies, public or private institutions, or individuals) may have a significant impact on how a dispute develops. In disputes between individuals concerning the authenticity or the ownership of an art object stolen from the legitimate owner and transferred to another country where it has been purchased in good faith, the main issue is determining the competent jurisdiction and applicable law. This issue is resolved in the same way as other transnational disputes, with one additional step: the identification of the sources of private international law, uniform law or domestic law that may come into play in the specific case. Should the same dispute occur between States, or between a State and an individual or a legal person, this "detail" may affect the choice of applicable law in different ways in terms of: (a) the decision to resolve the dispute in or out of court, and (b) the problem of the substantive law and its applicability in concrete terms. This would be the case with a request from a State to recover an illegally exported cultural object, as the choice of law and jurisdiction would be based on a declaration of public ownership established under the law of the claimant State.

II. Advantages and drawbacks of in-court dispute resolution

Some legal scholars have explored the advantages and disadvantages of in-court resolutions to disputes in this field and have pointed out that the competent jurisdiction is chosen, whenever possible, considering the rules of private international law and substantive law that will apply to the case³.

³ See SHAPIRO, "Litigation and Art-Related Disputes", in BYRNE-SUTTON, GEISINGER-MARIETHOZ (ed.), *Resolution Methods for Art-Related Disputes*, Zurich, 1999, p. 17; FELLRATH

As to the advantages, resorting to resolving disputes in court is advisable given both the wide competence entrusted to the judge and the definitive nature of the judge's decision. Furthermore, the judge's decision – not to mention the structural differences between the common law and continental law systems – is, by definition, aimed at resolving the dispute once and for all.

As to the disadvantages, the uncertainty that accompanies judicial claims in this field is a major problem and the result of a combination of factors.

In disputes regarding rights *in rem* concerning cultural objects, the claimant – be it a State or an individual – should consider not only the differing (and, thus, uneven) protection granted to the *bona fide* purchaser under different domestic legal systems, but also the different attitudes of domestic jurisdictions regarding the recognition and enforcement of foreign public law⁴. In this respect, the landmark decision rendered by the British Court of Appeal in *Islamic Republic of Iran v. Barakat* (2007) must be mentioned. The case concerned a claim by Iran seeking the restitution of some illegally excavated archaeological objects that had been illicitly exported and put on sale at auctions in Britain. Under Iranian law, the objects were State property, and the Court of Appeal, refusing to follow the more traditional view that a foreign public law could not be applied, upheld the claim, declaring that “the claim in this case is not an attempt to enforce export restrictions, but to assert rights of ownership”⁵.

In international judicial practice, domestic jurisdictions are frequently asked to interpret and apply not only specific domestic legislation – regardless of whether it is the substantive law of the *forum* or of another legal system – but also the relevant rules of international law in force in the *forum*, such as the international conventions to which that particular State is a party⁶. But the decision in *Islamic Republic of Iran v. Berend* from a few months earlier demonstrates how some details can influence different court decisions in similar circumstances. Indeed, the Queen's Bench Division, in dismissing the State's claim to a title of a fragment of an ancient limestone relief purchased by the defendant in Paris in 1974, held that public policy did not require English law to introduce the French doctrine of *renvoi* so as to determine the title to movables and that, under French domestic law, the defendant had lawful title to the fragment⁷.

III. Applicable law and jurisdiction issues

As to the law applicable to the merits, some well-known and conflicting decisions, such as *Winckworth v. Christie's, Manson & Woods*⁸, *Attorney General of New Zealand v. Ortiz and Others*⁹, *Republic of Ecuador v. Danusso*¹⁰, or *Ministère français de la culture v. Ministero italiano dei beni culturali and De Contessini*¹¹ suggest that even the general accepted principle of *lex situs* may bring about different and frequently unpredictable

GRAZZINI, *Cultural Property Disputes*, Ardsley (NY) 2004, p. 52; ROODT, *Private International Law and Cultural Heritage*, Cheltenham, Northampton, 2015, p. 161 ff.

⁴ *Idem*.

⁵ See *Islamic Republic of Iran v. Barakat*, 21 December 2007, [2007] EWCA, Civ. 1374.

⁶ This commonly happens whenever a court must apply domestic or foreign law; the role of domestic courts in enforcing international treaties is rather well explained in the *Barakat* case.

⁷ See *Islamic Republic of Iran v. Berend*, 1 February 2007, [2007] EWHC, 132 (QB).

⁸ See *Winckworth v. Christie Manson and Woods Ltd. and Another*, [1980] 1 ER (Ch) 496, [1980] 1 All ER 1121.

⁹ See *Attorney General of New Zealand v. Ortiz and Others*, (1982) 2 WLR, p. 10

¹⁰ See Court of Turin, Decision of 25 March 1982, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*. 1982, p. 625.

¹¹ See Italian Court of Cassation, Decision No. 12166 of 23 November 1995, *Foro italiano*, 1996, I, p. 907.

outcomes. Conversely, the option proposed in doctrine for an alternative and special conflict of laws rule, leading to the application of *lex originis*, is not generally accepted and may not itself always represent a reliable and predictable solution¹².

The choice of competent jurisdiction can play a prominent role in the choice of law applicable to the merits. Indeed, it is by applying the private international law rules of the court – together with the rules of international law in force in the same legal system – that the substantive law applicable to the merits is determined¹³. Furthermore, the effectiveness of this decision may typically become a crucial issue whenever recognition and enforcement in a different country are needed. As a result, there should be little doubt that the above factors add further uncertainty not only to the outcome of the claim, but also to the concrete effect of the decision.

Through international legal cooperation, some positive efforts have been made to reduce some of the disadvantages of resorting to litigation to settle disputes, particularly as to the uncertainty of the outcome that relates to claims for the restitution or return of cultural goods. As is well known, Regulation 1215/2012 (Brussels I bis) on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast), in introducing some new provisions in this domain at European level, added a supplementary special jurisdiction for disputes concerning the recovery of cultural objects¹⁴. The possibility, now admitted under Article 7.4 of the Regulation, to bring legal action against a person domiciled in a Member State in another Member State in the courts for the place where the cultural object is situated at the time when the court is seized in civil claims for the recovery of a cultural object (based on ownership), should at least result in reducing the defendant's ability to challenge the jurisdiction, and thus represent a concrete support to the claimant.

From a substantive applicable law perspective, some legal initiatives taken at an international, regional and national level also introduce special uniform and private international law rules.

At international level, this is particularly true of the 1995 Unidroit Convention and its uniform rules concerning the duty of restitution of stolen cultural objects (Article 3) and return of illicitly exported cultural objects (Article 5).

At regional level, this is true with the recent EU Directive 2014/60 on the return of cultural objects unlawfully removed from the territory of a Member State, which aims to better reconcile the free circulation of cultural objects with the need for more effective protection of cultural heritage. Directive 2014/60 definitely improves the previously applicable EU Directive 93/7, particularly by widening the notion of cultural object falling under its scope of application, and by extending the statute of limitations within which return proceedings may be initiated. The directive also approximates the laws of Member States in terms of the requirements that must be met, particularly by ensuring a more common interpretation of the notion of due diligence, which the

¹² See FRIGO, *Circulation des biens culturels*, p. 409 ff.

¹³ See SIEHR, *International Art Trade and the Law*, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, vol. 243, (1993-VI), 25: 9-2421993, at 48.

¹⁴ See Regulation of the European Parliament and of the Council No. 1215/2012 of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition of judgments in civil and commercial matters (recast). Under Article 7.4, a person domiciled in a Member State may be sued in another Member State “as regards a civil claim for the recovery, based on ownership, of a cultural object as defined in point 1 of Article 1 of Directive 93/7/EEC initiated by the person claiming the right to recover such an object, in the courts for the place where the cultural object is situated at the time when the court is seized”.

possessor must prove to have exercised in order to obtain fair compensation for the return of the cultural object¹⁵.

At national level, this is the case with the 2004 Belgian code of private international law, which introduces an interesting and rather original choice between *lex situs* and *lex originis*. In fact, under Article 90 of this code, whenever a domestic law of a State includes a cultural object within its national heritage at the time of its illicit exportation, the claim for the return of that cultural object is governed by the law of that country, or – at the claimant State’s request– by the law of the country where the cultural object is located at the time the claim is filed¹⁶.

IV. Advantages and main features of a legal due diligence

After considering the uncertain outcome of art related disputes in the international practice, one should explore the ways to avoid or reduce the risk of judicial or extra-judicial claims. The task of identifying appropriate precautions to take when trading in a complex market such as the art and cultural property one, is certainly not easy. As we have seen, when it comes to cross-border transactions, questions arise about applicable law, jurisdiction and judicial interpretation criteria to assess title of ownership, authenticity, and so on.

In a global art market where transparency is sometimes lacking, in this respect legal due diligence is crucial for all transactions. Verifying the factual and legal circumstances surrounding a transaction is equally as important as collecting and safeguarding the fundamental information of the good in question if one is to avoid or at least significantly reduce transactional risks, be it in relation to a donation, a loan, or a deposit.

Legal due diligence entails a multifaceted investigation, especially for cross-border transactions. First, the authenticity and provenance of the artwork or cultural property must be checked: author, date, type, historical period, materials used – all these things must add up.

Second, the seller must prove that he/she owns the artwork and that no special liens, guarantees, or other constraints prevent its free transfer. This aspect becomes more complex when one considers the differences between civil- and common-law systems. The former hinges on possession as envisioned in the Napoleonic Code of 1804 (*en fait de meubles la possession vaut titre*), and thus stolen goods may sometimes be lawfully transferred based on possession alone. Whereas in common-law systems like in the UK and the US, the legitimate owner of an artwork generally has superior title of ownership to a good-faith purchaser, thus precluding lawful transfer of stolen goods. The lawfulness of a given transaction thus depends entirely on the applicable law.

¹⁵ See CORNU, FRIGO, *Nouvelle Directive 2014/60/UE en matière de restitution de biens culturels. L’alliance entre le droit de l’Union et le droit international*, EUROPE, 2015, n° 4, p. 5 ff.

¹⁶ Article 90 of the Belgian code of private international law, 16 July 2004 provides as follows:

“Lorsqu’un bien qu’un Etat inclut dans son patrimoine culturel a quitté le territoire de cet Etat de manière illicite au regard du droit de cet Etat au moment de son exportation, sa revendication par cet Etat est régie par le droit dudit Etat en vigueur à ce moment ou, au choix de celui-ci, par le droit de l’Etat sur le territoire duquel le bien est situé au moment de sa revendication.

Toutefois, si le droit de l’Etat qui inclut le bien dans son patrimoine culturel ignore toute protection du possesseur de bonne foi, celui-ci peut invoquer la protection que lui assure le droit de l’Etat sur le territoire duquel le bien est situé au moment de sa revendication”.

Third, an artwork's provenance and materials can also raise red flags, for example if composed of patented or banned materials. The seller's identity is also a key consideration: transactions with unknown counterparties or never-ending chains of intermediaries ought to be avoided. A significantly higher or lower price than the market value for a particular type of artwork also raises a red flag, as do uncommon payment methods (e.g., Bitcoin), blatant conflicts of interest, and particular situations of the seller (e.g., marital separation).

Finally, checking that international circulation is carried out to the letter of the law is a must to ensure the highest attainable transactional security and avoid nasty surprises.

V. A multidisciplinary team of experts makes the difference.

Unwelcome surprises often emerge when it is too late to do anything – which is the reason why the legal due diligence should be completed during the negotiation phase. And this regardless of whether it is a collector purchasing an artwork on the market, an art dealer wanting to resell an artwork, or a museum being donated or loaned an artwork.

A key question concerns what skills are essential to a successful outcome of an artwork's purchase? Oftentimes, legal experts from multiple jurisdictions need to work as a united team to ensure comprehensive legal due diligence. And working in synch is especially key given the complexity of the legal framework: (a) national civil, criminal, tax and administrative law; (b) international conventions on property circulation and smuggling; (c) EU regulations and directives on import, export and return of cultural goods; and (d) national and international codes of ethics, e.g., those issued by the International Council of Museums (ICOM, particularly with its Red Lists), by the the *Confédération Internationale des Négociants en Oeuvres d'Art* (CINOA) and the American Alliance of Museums (AAM)¹⁷.

VI. Authenticity and provenance

What does legal due diligence on artworks entail?

A complete due diligence should start with the basics: this would include a detailed check on all the documentation and information that, combined with the assessment of the artwork's history and authorship, and should be providing a clear picture of the artwork's authenticity and provenance.

Historical bibliographies, scientific studies, valuations and appraisals by independently accredited appraisers and art historians always prove useful. International valuation standards are applied by, for example, the likes of the Art & Antiques division of the London-based Royal Institution of Chartered Surveyors (RICS, established in 1868 and accredited by King George VI in 1946)¹⁸. Accredited labs and research centres (such as the *Opificio delle Pietre Dure* in Florence)¹⁹ are a similarly key piece of the puzzle, as they can analyse the materials of an artwork to determine the historical period it hails from. This can be especially useful given that, when it comes to artworks attributed to an artist based on connoisseurship alone, the appraiser's opinion can always be challenged.

¹⁷ See FRIGO, *Codes of Ethics*, in FRANCONI, VRDOLJAK (ed.), *The Oxford Handbook of International Cultural Heritage Law*, Oxford, 2020, p. 787-807.

¹⁸ <https://www.rics.org/uk/>.

¹⁹ <http://www.opificiodellepietredure.it/>.

Things are obviously much simpler if the artist or foundation to which an artwork belongs issues a certificate of authenticity, and even more so if the artwork is included in a *catalogue raisonné*²⁰. This is because it removes any doubts as to who the artist is, and foundations always keep archives documenting the ownership history of their artworks. As to the value of an artwork, the collection of reference plays a key role, and as auction records show, artworks from renowned collections attract much higher bids.

Exhibition records and museum loan records are just as crucial – not just to retrace an artwork’s journey on the international scene but also to document the importance of the curators who arranged for its exhibition and to attest to the authoritativeness of the critics who have critiqued it.

Lastly, red flags and unlawful dealings (e.g., stolen, or misappropriated artworks) can also be identified from public and private databases (e.g., Interpol’s Stolen Works of Art Database²¹, the Italian Carabinieri’s database for stolen cultural property [*Banca Dati dei beni culturali illecitamente sottratti*]²², and the Art Loss Register²³). Naturally, a red flag should be raised whenever an artwork lacks a certificate of authenticity, has undergone restoration when there ought to have been none, has an unclear provenance, or is by an artist whose work is known to be the frequent target of forgery.

Knowledge - or at least an approximate acknowledgment - of the legal framework of reference is also vital. A few regulatory instruments come into play at EU level: (a) Council Regulation (EC) No 116/2009 on the export of cultural goods; (b) Directive 2014/60/EU on the return of cultural objects unlawfully removed from the territory of a Member State; and (c) Regulation (EU) 2019/880 on the introduction and the import of cultural goods.

As a rule, for cultural goods that come from abroad countries, the applicable rules in the country of provenance need to be checked. In Italy, for instance, the export of cultural goods without a valid export licence is a criminal offence that can entail the additional penalty of seizure and confiscation. Italian legislation also sets strict requirements for archaeological objects: it must be proven that they date back to before 1909 to avoid automatic state ownership under Law No. 364 of 1909. Proof can be provided through export documents (such as free circulation certificates and export licences), wills that list the object in question, auction listings, and even family photographs and letters.

VII. Provenance and nature of cultural goods

Legal due diligence during a transaction involving a cultural good must take into account the good’s provenance and nature and the transaction’s features. The goal of legal due diligence will vary on a case-by-case basis – for example, it could be to:

- a) prevent the acquisition of archaeological or ethnological objects obtained from unlawful excavations or that come from certain countries (e.g., Iraq and Syria, which are subject to UN Security Council resolutions and EU regulations); and

²⁰ According to the International Foundation for Art Research – IFAR, *catalogues raisonnés* are “scholarly compilations of an artist’s body of work [...] critical tools for researching the provenance and attribution of artwork” (https://www.ifar.org/cat_rais.php).

²¹ <https://www.interpol.int/Crimes/Cultural-heritage-crime/Stolen-Works-of-Art-Database>.

²² <http://www.carabinieri.it/cittadino/tutela/patrimonio-culturale/la-banca-dati-tpc>.

²³ <https://www.artloss.com/>.

- b) assess whether constraints or bans on trade/export of certain categories of goods are imposed by the country of provenance, e.g., ivory and human remains.

Historical periods that saw systematic looting are a special cause for concern: e.g., 1933–1948 in Europe (Nazi-looted art), 1949–1990 in Eastern Europe and the USSR, and 1953–1959 in Cuba (during the revolution). As to Nazi-looted art, the American Association of Museums published ‘Guidelines concerning the unlawful appropriation of objects during the Nazi era’ in 1999, which set out “reasonable steps” that museums should take to ascertain the provenance and status of Nazi-era cultural goods before acquiring them or accepting them as donations. ICOM’s ‘Recommendations concerning the return of works of art belonging to Jewish owners’ (1999) echo the above by recommending that efforts be made to track down owners who were unlawfully stripped of sold or donated cultural property. The Washington Conference Principles on Nazi-Confiscated Art (1999) were adopted at an intergovernmental conference that saw government officials from 44 countries meet to discuss how to resolve issues relating to artworks confiscated in Nazi-occupied territories between 1933 and 1945 and never returned to their rightful owners. The principles – which were reaffirmed at the intergovernmental conferences of Vilnius (2000) and Terezin (2009) – set out criteria to identify confiscated artworks and their lawful owners as well as methods for resolving ownership disputes²⁴.

Some countries have implemented the Washington Principles by establishing special advisory committees to resolve cases concerning Nazi-looted art²⁵. In Italy, this was the Anselmi Commission, which was specifically tasked with reconstructing the actions undertaken by public and private bodies in Italy to acquire property of Jewish citizens (*Commissione per la ricostruzione delle vicende che hanno caratterizzato in Italia le attività di acquisizione dei beni dei cittadini ebrei da parte di organismi pubblici e privati*) until 2001, when it published its final report²⁶. Other advisory bodies around Europe include the Spoliation Advisory Panel in the UK²⁷, the CISV in France (*Commission pour l’indemnisation des victimes de spoliations intervenues du fait des législations antisémites en vigueur pendant l’occupation*)²⁸, the Dutch Restitutions Committee in the Netherlands²⁹, the *Beratende Kommission* in Germany³⁰, and the *Kommission für Provenienzforschung* in Austria³¹.

²⁴ Washington Principle 2 reads as follows: “Relevant records and archives should be open and accessible to researchers, in accordance with the guidelines of the International Council on Archives”. Washington Principle 3 reads as follows: “Resources and personnel should be made available to facilitate the identification of all art that had been confiscated by the Nazis and not subsequently restituted”. Washington Principle 4 reads as follows: “In establishing that a work of art had been confiscated by the Nazis and not subsequently restituted, consideration should be given to unavoidable gaps or ambiguities in the provenance in light of the passage of time and the circumstances of the Holocaust era”.

²⁵ Austria, France, Germany, the Netherlands, and the United Kingdom; see European Parliament, Cross-border restitution claims of art looted in armed conflicts and wars and alternatives to court litigations (2016), p. 20

[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/556947/IPOL_STU\(2016\)556947_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/556947/IPOL_STU(2016)556947_EN.pdf).

²⁶ http://presidenza.governo.it/DICA/7_ARCHIVIO_STORICO/beni_ebraici/index.html.

²⁷ <https://www.gov.uk/government/groups/spoliation-advisory-panel>.

²⁸ <http://www.civs.gouv.fr/>.

²⁹ <https://www.restitutiecommissie.nl/en>.

³⁰ <https://www.kulturgutverluste.de/Webs/DE/BeratendeKommission/Index.html>.

³¹ <https://www.kunstkultur.bka.gv.at/kunstruckgabe>. For more details on commission/committee work, see CAMPFENS, *Resolving Looted Art Claims: What About Access to Justice?*, in *Santander Art and Culture Law Review*, 2018, p. 185-220; see also for an appraisal of the issues confronting museums and claimants

In 2016, the US passed the Holocaust Expropriated Art Recovery Act, to “provide the victims of Holocaust-era persecution and their heirs a fair opportunity to recover artworks confiscated or misappropriated” and “to ensure that claims to artwork and other property stolen or misappropriated by the Nazis are not unfairly barred by statutes of limitations but are resolved in a just and fair manner”³².

Although the Washington Principles are not binding, their impact is far from tenuous: courts have taken these very principles into consideration when ruling on restitution claims. A prime example took place two years before the US adopted the (binding) Holocaust Expropriated Art Recovery Act: In *Von Saher v. Norton Simon Museum of Art at Pasadena*, the US Court of Appeals for the Ninth Circuit overturned the district court’s decision and ordered the return of two Nazi-looted Cranach paintings to Dutch collector Jacques Goudstikker’s heirs. The paintings had been acquired in 1971 by the Norton Simon Museum in Pasadena (CA), but the court reasoned that “federal policy also includes the Washington Conference Principles on Nazi Confiscated Art”³³.

In fact, courts were applying international law to uphold claims for the restitution of cultural property looted during the Second World War even before the collective call to action that culminated in the Washington Principles. In *Rosenberg v. Fischer* (1948), for instance, the Federal Supreme Court of Switzerland ruled that German troops in occupied France had violated Swiss and international law when they confiscated the works of art in question; the court thus ordered them to be returned to their rightful owners³⁴. In the famous case *Menzel v. List* (1966), the New York Supreme Court ordered that a Chagall painting looted in 1941 by the Reichsleiter Rosenberg Taskforce and purchased by a New York gallery owner be returned to the claimants, who had purchased it in Belgium in 1932 but were forced to leave the painting behind when they fled for their lives³⁵.

VIII. Title of ownership and international circulation

Legal due diligence can entail investigating the validity of the possessor’s title of ownership of an artwork, and this is especially advisable when the seller is not the artist. In this case, the due diligence entails (among other things): (a) analysis of sales invoices and other administrative documentation, (b) verification of the existence of a will or other documentation proving rightful heirship or of deeds of donation, and (c) checks as to whether the artwork is encumbered by a pledge or other guarantee.

Naturally, investigations into legal ownership necessarily entail ascertaining the law applicable to the transaction. As mentioned, civil law and common law differ in this

PALMER, *Museums and the Holocaust*, 2nd edition (edited by R. Redmond-Cooper), Bultth Wells, 2021, p. 1-50.

³² <https://www.congress.gov/bill/114th-congress/house-bill/6130/text>.

³³ See *Marei Von Saher c. Norton Simon Museum of Art in Pasadedna, Norton Simon Art Foundation*, 754 F.3d 712; 2014 US App. LEXIS 10552 of 6 June 2014. On the effectiveness of this and other non-binding principles, see DEMARSIN, *Let’s not talk about Theresin: Restitution of Nazi Era Looted Art and the Tenuousness of Public International Law*, BROOKLYN JOURN. INT’L L., 2011–2012, pp. 118 ff., who sums up as follows: “The only way for the international community to achieve the spirit of the Washington Principles is to broadly implement the existing framework, not to add yet another non-binding recital of good intentions” (ibid., p. 185).

³⁴ Bundesgericht 8 June 1948, in *Annuaire Suisse droit int. privé*, 1949, pp. 139 ff.

³⁵ 267 N.Y.S. 2d, pp. 804 ff. (Sup Ct. 1966); see also Siehr, *International Art Trade and the Law*, in *Recueil des Cours*, t. 243 (1993-VI), pp. 25 ff., and p. 129, FRIGO, *Circulation des biens culturels, détermination de la loi applicable et méthodes de règlement des litiges*, *Recueil des Cours*, t. 375 (2014), pp. 93 ff., and p. 230.

regard, so an investigation based on one or the other can produce very different outcomes.

International conventions and national legislation based on international norms underline the importance of in-depth due diligence to avoid unwittingly purchasing illegally obtained cultural property. Examples include the UNESCO Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property (1970) and, even more famously, the UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects (1995), which establishes criteria to determine whether a possessor of a stolen cultural object required to return it exercised due diligence when acquiring the object, as only then are they entitled to fair and reasonable compensation on returning it³⁶. The return procedure under Art. 10 of EU Directive 2014/60 is substantially identical to that under Art. 4.4 of the UNIDROIT Convention³⁷.

In any case, purchasers need to carefully assess the import/export rules for cultural goods in the country of provenance to avoid extremely unpleasant surprises. Italy, for example, prohibits the permanent export of cultural goods that have been declared of national cultural interest (Art. 13 of the Italian Cultural Heritage Code); and if an artwork was created 70 or more years ago by an artist who is no longer living, and it's worth over EUR 13,500, it may be exported only if authorised by the competent export office (Art. 65 of the Italian Cultural Heritage Code). In these cases, legal due diligence entails checking not only whether constraints exist (typically a declaration of national cultural interest) but also whether the good in question had previously been exported from Italy without authorisation or was imported from a country banning its export.

To cite but one example of due diligence in action: in case a cultural good was to be temporarily imported into Italy, the competent Italian export office - i.e., the local unit of the Ministry of Culture - would issue a certificate of shipment or an import certificate, which would also allow the good to subsequently leave Italy for five years without the need for a certificate of free circulation or an export licence. Indeed, a shipment or an import certificate serves to confirm a good's provenance and lawful export.

IX. Criminal liability for partial or total failure to exercise due diligence.

In-depth legal due diligence on authenticity, provenance, ownership, and import/export status avoids the risk of criminal liability and penalties. In other words,

³⁶ See Arts. 4 and 5 of the UNIDROIT Convention.

³⁷ Art. 10 reads as follows:

Where return of the object is ordered, the competent court in the requested Member State shall award the possessor fair compensation according to the circumstances of the case, provided that the possessor demonstrates that he exercised due care and attention in acquiring the object.

In determining whether the possessor exercised due care and attention, consideration shall be given to all the circumstances of the acquisition, in particular the documentation on the object's provenance, the authorisations for removal required under the law of the requesting Member State, the character of the parties, the price paid, whether the possessor consulted any accessible register of stolen cultural objects and any relevant information which he could reasonably have obtained, or took any other step which a reasonable person would have taken in the circumstances.

In the case of a donation or succession, the possessor shall not be in a more favourable position than the person from whom he acquired the object by those means.

The requesting Member State shall pay that compensation upon return of the object.

a purchaser has to gather sufficient information to be able to rule out that a given cultural good has not been the subject of a criminal offence, such as receipt of stolen goods, forgery, unlawful export or unlawful excavation. When international circulation is involved, failure to comply with export regulations can result in seizure if the purchaser is aware that the cultural good was unlawfully exported or should have been aware of this circumstance had the proper due diligence been exercised.

As mentioned, comprehensive due diligence is a multifaceted process – indeed, it sometimes extends beyond the legal aspects of a cultural goods or artwork’s circulation. Such is the case when tax aspects are involved, e.g., when a trust fund with artworks is dissolved and the works are distributed among the beneficiaries. Due diligence in this case should focus on the proper application of succession or donation taxes (i.e., direct taxes) and VAT (i.e., indirect taxes).

X. Responsible Art Market’s guidelines and the end goal: a successful transaction.

The increasing complexity of the art market has prompted efforts to provide the market appropriate tools to exercise due diligence before purchasing cultural goods. One notable example is Responsible Art Market (RAM)³⁸, a non-profit based in Geneva that has spearheaded an initiative to keep market operators up to speed on the associated risks. To this end, RAM manages a platform for the exchange of best practices and publishes practical guidelines and other materials free of charge. The guidelines include a toolkit for a comprehensive, risk-based approach to due diligence in art transactions, complete with a checklist of red flags and risk-mitigation assessments.

To sum up, the preliminary checks and assessments touched on in this article are an inextricable part of the very concept of due diligence and an invaluable means of averting the risks associated with art and cultural property transactions. Be it an acquisition, a donation, a sale of movable or immovable property, or a more complex transaction such as an art investment, a loan that involves putting up an artwork as collateral, or the management of an entire art collection, a successful transaction requires a team of experts who can reassure the client that they have used criteria and tools like those set out in RAM’s toolkit to address all the risks.

Legal due diligence is part and parcel of the increasingly recommended standards under the codes of ethics in the field, and even sometimes obligatory under national, EU and international regulations. Legal due diligence is truly the embodiment of the adage “better safe than sorry”.

³⁸ <http://responsibleartmarket.org/>.

Le contentieux de la restitution des biens culturels

M^e Corinne Hershkovitch,
Avocat au Barreau de Paris

Mme Noémie Gundogar,
Doctorant à l'ISP École Normale Supérieure Paris-Saclay et École du Louvre

Mme Cassandre Benoit
Doctorant CIFRE à l'Université Paris 1- Panthéon Sorbonne et au Cabinet Corinne Hershkovitch

L'année 2020 a célébré les cinquante ans de la Convention de l'UNESCO de 1970 concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels (ci-après dénommée Convention de l'UNESCO de 1970). Ce fut l'occasion de prendre la mesure de l'efficacité de la coopération internationale en matière de restitutions de biens culturels. Si la seconde moitié du XX^{ème} siècle a été marquée par une forte activité de normalisation à l'initiative des institutions internationales, la pratique démontre encore de grandes difficultés dans l'application de ces mécanismes juridiques.

De façon classique, la restitution s'entend, soit du point de vue du droit public comme « le rapatriement d'un bien culturel à l'État (ou dans le territoire de l'État) de provenance à la suite d'un pillage ou d'une spoliation à l'occasion d'un conflit armé »¹, soit d'un point de vue privatiste comme « la remise du bien au propriétaire dépossédé à la suite d'une action judiciaire de revendication »².

En France, si la question des restitutions a fait l'objet d'une littérature féconde à partir des années 1970 - d'abord du fait des travaux préparatoires à la Convention de l'UNESCO de 1970, puis suite à la résurgence de la question des biens spoliés aux familles juives durant la Seconde Guerre mondiale dans les années 1990 - deux phénomènes récents ont particulièrement mis en exergue, depuis une dizaine d'années, de nouveaux enjeux suscités par les restitutions de biens culturels.

En premier lieu, la communauté internationale a dû réagir face aux destructions et pillages massifs exercés par l'État Islamique en adoptant deux résolutions de l'ONU en 2015 et 2017³ pour lutter contre le trafic d'antiquités orientales et organiser leur retour. La France s'est engagée au travers de *Cinquante propositions françaises pour protéger le patrimoine de l'humanité*⁴ qui précèdent la Loi du 7 juillet 2016 *relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine*⁵ introduisant en droit interne des mesures complémentaires pour faciliter l'interception et la restitution de tous les biens irakiens et syriens susceptibles d'avoir été commercialisés illégalement sur son territoire⁶.

¹ M. FRIGO, « Trafic illicite et restitution des objets archéologiques : aspects de droit international public » dans A. CAMARA, V. NEGRI (dir.), *La protection du patrimoine archéologique, fondements sociaux et enjeux juridiques*, Collection Droit du patrimoine culturel et naturel, Paris L'Harmattan, 2016, p. 113.

² *Ibid.*

³ Au travers de la Résolution 2347(2017) du Conseil de Sécurité de l'ONU et son précédent, la résolution 2199(2015), qui interdisent spécifiquement le commerce des biens culturels en provenance d'Iraq et de Syrie.

⁴ *Cinquante propositions françaises pour protéger le patrimoine de l'humanité, Rapport au Président de la République sur la protection du patrimoine en situation de conflit*, Jean-Luc Martinez, Président-directeur du musée du Louvre, novembre 2015.

⁵ LOI n° 2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine.

⁶ Article L111-9 du Code du patrimoine : *Sous réserve de l'article L. 111-11, il est interdit d'importer, d'exporter, de faire transiter, de transporter, de détenir, de vendre, d'acquérir et d'échanger des biens culturels présentant un intérêt*

Alors que ces mesures concernent majoritairement les biens culturels détenus en mains privées, c'est la question de la restitution des biens africains exposés dans les musées français qui a été soulevée par le Président Emmanuel Macron lors de son discours à l'Université de Ouagadougou (Burkina Faso) le 28 novembre 2017. À sa suite, le rapport de Felwine Sarr et Bénédicte Savoy a formulé des propositions juridiques concrètes pour permettre une restitution de ces biens culturels « sans pour autant remettre en cause le principe général d'inaliénabilité des objets culturels propriétés publiques – principe fondateur de la législation des musées de France »⁷. La commission de la culture du Sénat, chargée d'examiner la possibilité de création d'une loi-cadre visant au déclassement des biens litigieux, a mis en avant la difficulté de « concilier des objectifs contradictoires, à savoir faciliter le droit de chacun à avoir accès, dans son pays, à son propre patrimoine et au patrimoine commun de l'humanité sans obérer les capacités de nos propres musées à remplir leurs missions »⁸.

Cette question des restitutions, qui interroge notre rapport à la propriété des œuvres d'art et la légitimité des musées universels⁹, cristallise des enjeux sociétaux qui précèdent des réponses juridiques parfois longues à venir. Pour saisir la substance des débats que suscitent les restitutions de biens culturels, il faut revenir sur les fondements de l'obligation juridique de restitution, avant d'analyser l'intégration de ces engagements internationaux dans le droit de l'Union européenne et dans les différents droits internes, notamment par le biais de la notion de diligence requise, point de ralliement dans la mise en œuvre de ces restitutions.

I. La fragmentation du droit des restitutions de biens culturels

Si l'obligation de restitution tire ses fondements du droit international, sa mise en œuvre est quant à elle soumise à la volonté des États Parties de s'accorder sur une harmonisation de leurs législations. C'est en partie pour pallier à ces différences entre droits internes qu'il a fallu multiplier les modes de résolution des conflits en la matière.

A. Fondements juridiques et évolutions autour de la nature de l'obligation de restitution en droit international

L'obligation de restitution doit être envisagée comme un aspect de la coopération internationale en matière de protection du patrimoine. De fait, elle vient en soutien à l'application des principes d'interdiction de destruction, de vol et d'exportation illicite des biens culturels.

La notion de protection des biens culturels est d'abord envisagée dans le cas des conflits armés (même si on le verra, elle n'y est plus réduite). Si quelques dispositions y font référence dans les traités de paix établis avant le XIX^e siècle¹⁰, les premiers jalons en

archéologique, artistique, historique ou scientifique lorsqu'ils ont quitté illicitement le territoire d'un Etat dans les conditions fixées par une résolution du Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies adoptée en ce sens.

⁷ B. SAVOY, F. SARR, *Rapport sur la restitution du patrimoine culturel africain. Vers une nouvelle éthique relationnelle*, Paris, Nov. 2018, p.66.

⁸ *Rapport de mission d'information sur les restitutions des biens culturels appartenant aux collections publiques*, SESSION ORDINAIRE DE 2020-2021, Enregistré à la Présidence du Sénat le 16 décembre 2020, <http://www.senat.fr/rap/r20-239/r20-2390.html> [consulté le 30/03/2021].

⁹ J. RAOUL DUVAL, « Vif débat sur la « définition des musées » à l'Icom ? », La Lettre de l'OCIM [En ligne], 186 | 2019, mis en ligne le 01 novembre 2020, consulté le 17 avril 2021. URL : <http://journals.openedition.org/ocim/3370>

¹⁰ A l'exemple des accords bilatéraux signés entre l'Espagne et les Pays-Bas, le traité de Münster en 1648, et le traité de Whitehall signé entre l'Angleterre et les Pays-Bas. Plus connu, le traité de Vienne de 1815, qui fait suite à la chute de Napoléon I^{er} impose à la France le retour de centaines d'œuvres pillées durant les conquêtes napoléoniennes.

droit international sont posés par les Conventions de codification de La Haye de 1899¹¹ et de 1907 *concernant les coutumes de guerre sur terre*¹². Celles-ci proposent pour la première fois en droit international un principe d'interdiction de confiscation des œuvres d'art et d'autres biens d'intérêts culturels pendant les conflits armés¹³. Cette interdiction entraîne une obligation de réparation qui se matérialise soit par une restitution soit par une indemnisation.

Puis, à l'issue de la Première Guerre mondiale, le *Traité de Versailles* de 1919¹⁴ organise la restitution et l'indemnisation des biens volés ou détruits durant le conflit. La restitution des biens meubles, lorsqu'elle est possible, est alors associée à la sanction du pays vaincu¹⁵.

La restitution des biens spoliés durant la Seconde Guerre mondiale fait quant à elle l'objet d'accords bilatéraux spécifiques non contraignants (*soft law*). La *Déclaration solennelle de Londres* de 1943, considère comme non valable tout transfert de droits de propriété effectué durant le conflit, y compris ceux concernant les biens culturels¹⁶. Plus tard, la *Conférence de Washington* de 1998¹⁷, instituée pour faire face aux difficultés d'application des conventions internationales, encourage les pays signataires à mettre en commun toutes les ressources permettant de documenter le parcours des œuvres confisquées par les nazis afin de faciliter leur restitution.

Il faut attendre la Convention de La Haye *pour la protection du patrimoine des biens culturels en cas de conflit armé* et ses deux protocoles adoptés le 14 mai 1954, pour voir apparaître expressément une obligation de restitution en droit international. G. Carducci propose une lecture en trois volets des obligations visées par la Convention de La Haye de 1954¹⁸. Dans un premier temps, les États doivent veiller à la *protection matérielle des biens*¹⁹ (en évitant les destructions intentionnelles, les bombardements et autres atteintes visés dans son Premier Protocole), qui s'assortit dans un second temps d'une *obligation de non-soustraction* que constitue l'interdiction d'exporter des biens culturels hors de leur territoire d'origine durant la période de conflit²⁰. Enfin, en dernier lieu, et si les deux

¹¹ Convention (II) *concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre* et son Annexe : *Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre*. La Haye, 29 juillet 1899

¹² Convention (IV) *concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre* et son Annexe : *Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre*. La Haye, 18 octobre 1907.

¹³ Convention (IV) *concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre* et son Annexe : *Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre*. La Haye, 18 octobre 1907. Article 56 :

Les biens des communes, ceux des établissements consacrés aux cultes, à la charité et à l'instruction, aux arts et aux sciences, même appartenant à l'Etat, seront traités comme la propriété privée.

Toute saisie, destruction ou dégradation intentionnelle de semblables établissements, de monuments historiques, d'œuvres d'art et de science, est interdite et doit être poursuivie.

¹⁴ *Traité de Versailles* de 1919, article 238.

¹⁵ Pour faire appliquer ces dispositions, la France se dote d'un service de la Restitution des objets d'art et mobiliers en aout 1919.

¹⁶ Traduit en droit français par l'Ordonnance n°45-770 du 21 avril 1945 portant deuxième application de l'Ordonnance du 12-11-1943 sur la nullité des actes de spoliation accomplis par l'ennemi, JORF du 22 avril 1945.

¹⁷ *Washington Conference Principles on Nazi-Confiscated Art*, Washington Conference on Holocaust-Era Assets, Washington, D.C., 3 décembre 1998.

¹⁸ C. CARDUCCI, « L'obligation de restitution des biens culturels et des objets d'art en cas de conflit armé : droit coutumier et droit conventionnel avant et après la Convention de la Haye 1954. L'importance du facteur temporel dans les rapports entre les traités et la coutume », *Revue générale de droit international public*, n. 2, 2000, p. 289 ss.

¹⁹ Article 4 de la Convention de La Haye de 1954.

²⁰ Article I paragraphe 1 Premier Protocole de la Convention de La Haye de 1954.

premières obligations n'ont pas été respectées, la convention instaure une *obligation de restitution* des biens culturels :

Chacune des Hautes Parties contractantes s'engage à remettre à la fin des hostilités, aux autorités compétentes du territoire précédemment occupé, les biens culturels qui se trouvent chez Elle, si ces biens ont été exportés contrairement au principe du paragraphe premier. Ils ne pourront jamais être retenus au titre de dommages de guerre²¹.

Ces trois volets peuvent être considérés comme interdépendants : le retour des biens volés ou illicitement exportés est conditionné à l'édiction d'un appareil législatif national et international protecteur qui prévient les destructions et encadre la circulation des œuvres ; à l'inverse, l'interdiction de pillage et d'exportation illicite (en violation du droit du pays d'origine) est vidée de sa substance si elle n'entraîne pas une restitution, sanction à la non-observation des règles protectrices.

Si ces règles de droit international permettaient la restitution des biens mal acquis pendant les temps de guerre, elles n'avaient pas encore de portée universelle. C'est en 1970 que l'UNESCO s'empare de la notion d'obligation de restitution dans un contexte non lié aux conflits armés au travers de la Convention de l'UNESCO *concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels*. Celle-ci vise à harmoniser les mesures de protection du patrimoine des États membres afin de favoriser la coopération internationale. Elle propose ainsi en son article 13 un mécanisme de requête diplomatique à l'initiative de l'État de provenance désirant le retour d'un bien entrant dans la catégorie des biens culturels, telle que définie par l'article 1 de la Convention de l'UNESCO de 1970.

Cependant, la Convention de 1970 n'étant pas rétroactive, elle n'a vocation à s'appliquer qu'aux biens volés, pillés ou illicitement exportés après son entrée en vigueur. De plus, pour produire ses effets, la Convention doit être ratifiée et doit faire l'objet d'une loi de transposition en droit interne, introduisant la possibilité d'une action en revendication d'un bien culturel volé ou perdu exercée par le propriétaire légitime ou en son nom²².

Il n'est ainsi pas possible de fonder une action en justice en invoquant directement les principes de la Convention UNESCO de 1970²³, comme l'a rappelé la Cour administrative d'appel de Paris, dans une décision *République fédérale du Nigéria c/ de Montbrison* du 5 avril 2004²⁴:

La revendication des statuettes litigieuses n'est pas fondée dès lors que la saisie a été pratiquée sur le fondement de la Convention de Paris du 14 novembre 1970 ratifiée par la France le 7 avril 1997, concernant la lutte contre l'exportation illicite de biens culturels. Les dispositions de cette convention ne sont pas directement applicables dans l'ordre juridique interne des États parties et ne créent aucune obligation directe pour les ressortissants.

Sans disposition de droit international directement applicable, les différences en matière de régime de protection des biens culturels se sont creusées entre les pays. Pour y remédier, la Convention d'UNIDROIT *sur les biens culturels volés ou illicitement exportés* (ci-après dénommée Convention d'UNIDROIT de 1995) est signée à Rome le 24 juin

²¹ Article I paragraphe 3 du Premier Protocole de la Convention de La Haye de 1954.

²² Ratification de la Convention de l'UNESCO par la France le 7 janvier 1997.

²³ M. CORNU, « Patrimoine d'origine et patrimoine d'adoption, la conception du droit français », *Témoins de l'histoire*, UNESCO, 2011, p. 362.

²⁴ CA Paris, 5 avr. 2004, n° 2002/09897, *République fédérale du Nigéria c/ Alain de Montbrison* ; confirmé par Cass. 1^{ère} civ., 20 sept. 2006, n° 04-15.599.

1995, à l'initiative de la France et de l'Italie. Prévues pour renforcer les dispositions de la Convention de l'UNESCO de 1970 en matière de lutte contre le trafic des biens culturels, elle n'a pas été ratifiée par la France à ce jour.

Il faut en effet souligner la dimension politique importante que revêt la protection du patrimoine : les conceptions plus ou moins libérales des États ont une influence directe sur l'instauration d'un encadrement plus ou moins strict et *a fortiori* sur les possibilités de restitution. De fait, la nature de l'obligation de restitution dépend étroitement de la définition que l'État donne de son patrimoine national (les trésors nationaux) et des seuils de valeur et d'ancienneté qu'il définit pour permettre d'identifier les biens culturels. Ainsi, le domaine d'application des conventions internationales protégeant les biens culturels diffère considérablement selon les législations internes.

Or, l'absence d'harmonisation des législations nationales en matière de détermination de la protection des biens culturels entraîne nécessairement une absence d'harmonisation des législations nationales en matière de restitution ou de retour des biens concernés. M.H. Carl parle de *fragmentation du système de restitution*²⁵, là où une règle universelle serait nécessaire pour harmoniser les réponses juridiques, quelle que soit la nature des biens.

Cette fragmentation suscite de plus en plus le recours à des méthodes alternatives à la restitution : prêt de longue durée, rachat par un particulier pour restituer²⁶ ou accords interétatiques²⁷. On observe une multiplication des voies extrajudiciaires dans la pratique où le droit conventionnel, en amont du droit international coutumier, s'empare de la question.

B. *Multiplication des modes de résolution des conflits*

L'obligation de restitution se fonde donc sur la détermination d'une propriété illégitime. La restitution concerne autant les biens volés que les biens illicitement exportés de leur territoire d'origine, en violation des règles nationales et internationales de protection des biens culturels. On distingue traditionnellement la résolution des conflits sur le mode contentieux, qui se réglera dans le cadre d'une action judiciaire et la résolution des conflits sur le mode consensuel à l'issue d'une négociation entre les deux parties²⁸.

La résolution des conflits sur le mode contentieux s'adosse aux règles de droit international privé. Selon les conceptions doctrinales dominantes et le rapport entre le droit interne et le droit international, il y aura une différence entre les pays préférant la *Lex rei sitae* – loi du lieu de situation de l'objet – ou la *Lex originis* – loi du lieu d'origine de l'objet – lors des résolutions des conflits. Lorsque le juge français est saisi, il applique les règles françaises de résolution des conflits de lois, soit la *lex rei sitae*, la loi du lieu où est situé l'objet litigieux. Ainsi, si l'œuvre se trouve sur le territoire national, la *lex rei*

²⁵ M.H. CARL, « Claims for Looted Cultural Assets: Is There a Need for Specialized Rules of Evidence? », dans Bureau international de la Cour permanente d'arbitrage (dir. Publi.) *Resolution of Cultural Property Disputes*, PCIA, La Haye, 2004, p.185.

²⁶ Ce fut le cas du collectionneur François Pinault, qui rendit, en 2013, à la Chine deux têtes en bronze acquises lors d'une vente Christie's qui avaient fait l'objet d'une demande en restitution infructueuse. V. A. WALLACE, A.L. BUNDLE, M.A. RENOLD, "Case Two Bronze Animal Heads – China and Pierre Bergé," Platform ArThemis (<http://unige.ch/art-adr>), Art-Law Centre, University of Geneva. [consulté le 30/03/2021].

²⁷ V. les décisions du Comité intergouvernemental pour le retour et la restitution de biens culturels sous l'égide de l'UNESCO, créée en 1978.

²⁸ M. CORNU, « Patrimoine d'origine et patrimoine d'adoption, la conception du droit français », *Témoins de l'histoire*, UNESCO, 2011, p. 360.

sitae désigne la loi française. Le débat doctrinal qui existe à propos de la détermination de la loi applicable donne à voir les limites de la coopération internationale entre les pays dits « de marché » et les pays dits « sources ». Le choix de la loi du lieu d'origine, soit la *lex originis*, étant souvent favorable au pays requérant²⁹, il semble que les pays liés au marché de l'art craignent que son application entraîne un volume important de requêtes et fasse obstacle au commerce d'antiquités³⁰.

Dans le cas d'une demande de restitution adressée par un État Membre de l'Union européenne - ou l'un de ses ressortissants - à un autre État membre, le Code du patrimoine prévoit depuis une loi de 2015³¹ une procédure de restitution des biens culturels. Dès qu'un objet est identifié comme trésor national, conformément à l'article 36 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, et qu'il a quitté illicitement le territoire d'un État Membre³², l'État demandeur peut exercer une action tendant au retour de ce bien devant le tribunal compétent de l'État membre sur le territoire duquel se trouve l'objet³³. Dans le cas où des trésors nationaux français se trouveraient sur le territoire d'un autre État membre de l'Union européenne et auraient été dérobés ou sortis illicitement du territoire national, c'est au ministre de la Culture de déclencher l'action en demande de restitution³⁴.

Cependant, le droit peine à trouver des solutions concernant les œuvres volées ou déplacées illégalement avant l'édiction des normes internationales, qui n'ont, rappelons-le, pas d'effet rétroactif. De plus, aux nombreux inconvénients que peuvent entraîner les solutions judiciaires (prescriptions, coût et lenteur des procédures, renonciation à la confidentialité...) s'ajoute, en France, une difficulté résultant d'un principe protecteur du patrimoine national : le principe d'inaliénabilité des collections publiques françaises.

De fait, les collections publiques françaises ont un caractère inaliénable et ne peuvent donc être cédées à titre gratuit ou onéreux³⁵. Depuis la Loi du 4 janvier 2002 relative aux musées de France, une possibilité de déclassement est ouverte, sous réserve de l'avis conforme de la Commission scientifique nationale des collections (CSNC), dans le seul cas où le bien concerné aurait « perdu son intérêt public à figurer dans les collections ». Toutefois, la *Loi d'accélération et de simplification de l'action publique* du 8 décembre 2020³⁶ prévoit en son article 13 la suppression de cette commission, sans pour autant remettre en cause la possibilité du déclassement, soumis désormais au Haut Conseil des musées de France³⁷. Par ailleurs, l'article L451-7 du Code du patrimoine précise que les biens incorporés dans les collections publiques par dons et legs ou qui ont été acquis avec

²⁹ V. l'affaire concernant un relief achéménide, trésor national iranien, dans l'arrêt *Iran c. Berend*, rendu le 1^{er} février 2007 par la High Court of Justice de Londres rejetant la demande en restitution de l'Iran, *Islamic Republic of Iran v. Berend*, [2007] EWHC 132 (QB), HQ05X01103 (Procès-verbal), 1^{er} février 2007.

³⁰ A.L. BANDLE, A. CHECHI, M.A. RENOLD, "Case Achaemenid Limestone Relief – Islamic Republic of Iran v. Berend," Platform ArThemis (<http://unige.ch/art-adr>), Art-Law Centre, University of Geneva, [consulté le 30/03/2021].

³¹ Directive 2014/60/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 *relative à la restitution de biens culturels ayant quitté illicitement le territoire d'un État membre* transposée par la LOI n° 2015-195 du 20 février 2015 *portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne dans les domaines de la propriété littéraire et artistique et du patrimoine culturel*.

³² En vertu de l'article L112-2 du Code du patrimoine.

³³ En vertu de l'article L112-14 du Code du patrimoine.

³⁴ Article R112-20 de la partie réglementaire du Code du patrimoine.

³⁵ Le principe d'inaliénabilité des collections publiques a été consacré par la Loi n°2002-5 du 4 janvier 2002 relative aux musées de France, JO 5 janvier 2002 et codifié à l'article L451-5 du Code du patrimoine.

³⁶ Loi n° 2020-1525 du 7 décembre 2020 d'accélération et de simplification de l'action publique.

³⁷ Article L451-5 modifié par la Loi n° 2020-1525 du 7 décembre 2020 d'accélération et de simplification de l'action publique.

l'aide de l'État ne peuvent être déclassés, fermant donc cette possibilité à la grande majorité des biens constituant les collections publiques. Dès lors, la consultation du Parlement, au travers de lois de circonstances, à l'instar de la Loi du 24 décembre 2020 *relative à la restitution de biens culturels à la République du Bénin et à la République du Sénégal*³⁸, est indispensable pour faire exception au principe d'inaliénabilité des collections publiques. Celui-ci avait déjà justifié, en 2002 et 2010, le vote de deux lois de circonstances permettant le retour de restes humains dans leur pays d'origine³⁹. Toutefois, devant la complexité de mise en œuvre de cette règle, de nouvelles voies extrajudiciaires sont apparues pour organiser le retour de certains objets dans leur pays d'origine.

Marie Cornu propose deux techniques alternatives permettant le retour des œuvres⁴⁰: d'une part, en amont, l'abstention de mesures d'enrichissement par l'État qui évite de se porter acquéreur d'une œuvre dont on ne connaît pas assez l'histoire et, en cas de soupçon de vol ou pillage, la signale. Non contraignante, cette abstention repose sur la déontologie mise en place par les musées⁴¹. D'autre part, Marie Cornu encourage les procédures de médiation et d'arbitrage aboutissant au prêt et au dépôt des œuvres lorsque les opérations juridiques sont rendues difficiles soit par le temps qui s'est écoulé entre l'acquisition et la demande en restitution soit parce que le bien litigieux est inaliénable⁴². C'est le cas des manuscrits coréens de la dynastie Joseon, dont le retour fut organisé à l'issue d'une longue négociation entre la France et la Corée. La France ne voulant pas renoncer à la propriété des archives considérées comme trésors nationaux, il a été décidé de consentir à un « dépôt durable » qui prit la forme d'un prêt de cinq ans, renouvelable indéfiniment⁴³.

Doit-on dès lors distinguer la notion de retour de celle de restitution ? Le retour, qui n'implique pas nécessairement un changement de propriétaire, est entendu comme un rapatriement après un échange licite ou avant l'entrée en vigueur des normes internationales⁴⁴ et faisant intervenir la *voie consensuelle*. Le débat doctrinal qui distingue la restitution, le retour, le transfert et le rapatriement traduit un usage politisé de ces termes. Pourtant, dans tous ces cas, il est question de rendre un bien à un propriétaire légitime, parce que la propriété actuelle repose sur un acte d'appropriation illégale ou moralement répréhensible (vente sous contrainte, consentement vicié...).

Le droit des restitutions, s'il s'appuie sur les conventions internationales qui l'ont fait naître, est en constante évolution et doit répondre à des enjeux sociaux en progression. Ainsi la solution développée concernant le retour des manuscrits coréens en 2012 - soit un prêt renouvelable indéfiniment - n'a pas été réitérée à propos des biens restitués au

³⁸ Loi n° 2020-1673 du 24 décembre 2020 *relative à la restitution de biens culturels à la République du Bénin et à la République du Sénégal*.

³⁹ Loi n° 2002-323 du 6 mars 2002 *relative à la restitution par la France de la dépouille mortelle de Saartjie Baartman à l'Afrique du sud*, et la loi n° 2010-501 du 18 mai 2010 *visant à autoriser la restitution par la France des têtes maories à la Nouvelle-Zélande*.

⁴⁰ M. CORNU, « Patrimoine d'origine et patrimoine d'adoption, la conception du droit français », *op. cit.* Il faudrait indiquer la page.

⁴¹ V. Code de déontologie de l'ICOM, articles 2.1 à 2.17.

⁴² M. CORNU, « Patrimoine d'origine et patrimoine d'adoption, la conception du droit français », *op. cit.* Il manque la page.

⁴³ Décret n° 2011-527 du 16 mai 2011 portant publication de l'accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République de Corée relatif aux manuscrits royaux de la Dynastie Joseon signé à Paris le 7 février 2011.

⁴⁴ M. FRIGO, « Trafic illicite et restitution des objets archéologiques : aspects de droit international public » in A. CAMARA, ET V. NEGRI (dir.), *La protection du patrimoine archéologique, fondements sociaux et enjeux juridiques*, Collection Droit du patrimoine culturel et naturel, Paris L'Harmattan, 2016, p. 113.

Bénin et au Sénégal en 2020 qui ont, quant à eux, fait l'objet d'un transfert de propriété. Cette restitution permet la réalisation matérielle de la volonté politique du Président Emmanuel Macron, entérinée par une loi de déclassement votée par le Parlement⁴⁵.

Les tâtonnements et les évolutions du droit international en matière de restitution témoignent de l'équilibre difficile à atteindre entre exigences de sauvegarde du patrimoine culturel et garantie de libre circulation des biens. Pour saisir les fondements de l'obligation de restitution, il faut, selon Manlio Frigo, « *privilégier la recherche de l'intérêt juridiquement protégé par les règles de droit international concernées* »⁴⁶. Pour lui, cet objectif premier vise « *à la protection des biens culturels en tant qu'expression d'un patrimoine auquel ils appartiennent et pour lesquels ils revêtent une importance qualifiée* »⁴⁷. Cet objectif est rendu difficile à atteindre par l'absence de solutions d'harmonisation des législations nationales en matière de restitutions, si bien qu'aujourd'hui la notion de *diligence requise*, issue du droit international, apparaît de plus en plus comme une solution fédératrice.

II. Convergence autour de la notion de diligence requise

La notion de diligence requise, issue du droit international, semble établir un terrain d'entente susceptible de pallier l'absence d'harmonisation entre les différents droits internes. Si son intégration en droit de l'Union européenne et dans plusieurs droits internes constitue une réelle avancée, elle ne pourra prospérer que concomitamment au développement de la recherche de provenance.

A. L'essor de la notion de diligence requise au soutien de la détermination de la bonne foi

La Convention de l'UNESCO de 1970, en son article 7, établit des dispositions fondamentales en matière de restitution des biens culturels. Elle énonce :

Les États parties à la présente Convention s'engagent : [...] ii) à prendre des mesures appropriées pour saisir et restituer à la requête de l'État d'origine partie à la Convention tout bien culturel ainsi volé et importé après l'entrée en vigueur de la présente Convention à l'égard des deux États concernés, à condition que l'État requérant verse une indemnité équitable à la personne qui est acquéreur de bonne foi ou qui détient légalement la propriété de ce bien.

Néanmoins, compte tenu des divergences qui existent entre les systèmes juridiques des différents États membres concernant la définition de la notion de bonne foi et les effets qui y sont attachés, la notion d'« indemnité équitable à la personne qui est acquéreur de bonne foi ou qui détient légalement la propriété de ce bien » (article 7 (b)(ii)) a soulevé de nombreuses questions et fait craindre des demandes d'indemnités abusives.

En 1995, la Convention d'UNIDROIT, non ratifiée par la France, est alors venue proposer une nouvelle notion issue du droit des affaires anglo-saxon⁴⁸ : la *due diligence*, la diligence requise, c'est-à-dire la vigilance nécessaire d'un acquéreur quant à ce qu'il achète.

⁴⁵ Loi n° 2020-1673 du 24 décembre 2020 relative à la restitution de biens culturels à la République du Bénin et à la République du Sénégal.

⁴⁶ M. FRIGO, *Circulation des biens culturels, détermination de la loi applicable et méthodes de règlement des litiges*, Académie de Droit. International de La Haye, La Haye, 2016, p. 360.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ Première apparition en droit étasunien dans le *Securities Act* de 1933, régulant les marchés d'actions et utilisant les termes de *due diligence* et *reasonable investigation*, citée dans *Comité subsidiaire de la Réunion des États parties à la Convention de l'UNESCO concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels* (UNESCO, Paris, 1970), *Point 9 de l'ordre du jour provisoire : Liens entre les concepts de diligence requise et de provenance*, Paris, 28 sept. 2020.

Le concept de la diligence requise présente l'avantage d'être plus objectif que la notion de bonne foi. Il n'est en effet plus question de rechercher la croyance du possesseur au moment de l'acquisition mais d'analyser son comportement. Garantie supplémentaire d'objectivité, les critères à prendre en compte pour apprécier ce comportement sont expressément énoncés à l'article 4.4 de la Convention d'UNIDROIT :

Pour déterminer si le possesseur a agi avec la diligence requise, il sera tenu compte de toutes les circonstances de l'acquisition, notamment de la qualité des parties, du prix payé, de la consultation par le possesseur de tout registre relatif aux biens culturels volés raisonnablement accessible et de toute autre information et documentation pertinentes qu'il aurait pu raisonnablement obtenir et de la consultation d'organismes auxquels il pouvait avoir accès ou de toute autre démarche qu'une personne raisonnable aurait entreprise dans les mêmes circonstances.

L'aspect opérationnel de la notion a rapidement séduit et le concept n'a pas tardé pas à dépasser la portée du traité d'UNIDROIT pour se propager en droit de l'Union européenne, notamment par le biais de la Directive du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 *relative à la restitution de biens culturels ayant quitté illicitement le territoire d'un État membre*⁴⁹ et dans les différents droits internes. La notion a même finalement été reprise par l'UNESCO dans ses Directives opérationnelles pour la mise en œuvre de la Convention de 1970 qui encouragent les États parties à adopter la notion de diligence requise de la Convention d'UNIDROIT⁵⁰.

En droit français, la transposition de la Directive européenne du 15 mai 2014 a entraîné l'intégration du terme de « diligence requise » d'UNIDROIT dans la législation nationale. En cas de restitution, l'article L112-8 du Code du patrimoine français soumet le versement d'une indemnité au seul possesseur de bonne foi ayant exercé la diligence requise lors de l'acquisition du bien ; l'article allant même jusqu'à reprendre textuellement les démarches énumérées par les dispositions de l'article 4.4 de la Convention d'UNIDROIT.

Une étape supplémentaire a encore été franchie lorsque le concept de diligence requise ne s'est plus limité à permettre l'appréciation de l'opportunité du versement d'une indemnité au possesseur de bonne foi dans le cadre d'une restitution, mais est devenu un critère général à prendre en compte lors de toute transaction portant sur des biens culturels.

Aussi, aux termes des dispositions de l'article L111-3-1 alinéa 3 du Code du patrimoine français⁵¹ :

La demande [de certificat d'exportation] ne peut être déclarée irrecevable lorsque le demandeur apporte la preuve qu'il a exercé la diligence requise, au sens du troisième alinéa de l'article L. 112-8, au moment de l'acquisition et que le délai dont dispose le propriétaire d'origine ou toute autre personne fondée à agir en revendication du bien ou en nullité de l'acte de cession du bien est expiré.

⁴⁹ Directive 2014/60/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 relative à la restitution de biens culturels ayant quitté illicitement le territoire d'un État membre.

⁵⁰ Directives opérationnelles pour la mise en œuvre de la Convention concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels (UNESCO, Paris, 1970).

⁵¹ Article créé par l'Ordonnance n° 2017-1134 du 5 juillet 2017 portant diverses dispositions communes à l'ensemble du patrimoine culturel.

L'introduction de la notion de diligence requise en droit français a atténué la portée du célèbre adage de l'article 2276 du Code civil aux termes duquel « en fait de meubles, la possession vaut titre ». En effet, s'il est traditionnellement enseigné que cet article crée une présomption de propriété au profit du possesseur d'un bien meuble - de telle sorte qu'en cas de revendication de propriété, la charge de la preuve repose sur le revendiquant et non sur le possesseur - exiger de celui-ci la preuve de l'exercice de diligences au moment de l'acquisition remet en cause la présomption de propriété au bénéfice du possesseur. La charge de la preuve serait ainsi inversée et pèserait non plus sur le revendiquant, mais sur le possesseur, qui devrait dès lors justifier des diligences effectuées au moment de l'acquisition du bien culturel. L'exigence de l'accomplissement de diligences au moment de l'acquisition modifie également la portée du deuxième alinéa de l'article 2276 du Code civil aux termes duquel « celui qui a perdu ou auquel il a été volé une chose peut la revendiquer pendant trois ans à compter du jour de la perte ou du vol, contre celui dans les mains duquel il la trouve ». En effet, dans la mesure où ce délai de trois ne peut être opposé au revendiquant que par le possesseur de bonne foi⁵², conditionner la preuve de la bonne foi à l'accomplissement de diligences au moment de l'acquisition revient à autoriser le propriétaire initial à revendiquer son bien même au-delà du délai de trois ans dans tous les cas où le possesseur ne peut démontrer l'exécution desdites diligences.

Plus explicitement, le législateur suisse a créé, dans sa *Loi fédérale sur le transfert international des biens culturels* du 20 juin 2003, un article 16 relatif au « Devoir de diligence »⁵³. Conformément aux dispositions de cet article, les commerçants d'art et les opérateurs de ventes volontaires sont tenus d'établir l'identité du vendeur, d'informer leurs clients sur les règles d'importation et d'exportation en vigueur dans les États parties, de tenir un registre des acquisitions de biens culturels - l'équivalent suisse du livre de police français⁵⁴ - et de « fournir au service spécialisé tous les renseignements nécessaires concernant l'accomplissement de ce devoir de diligence »⁵⁵.

De même, l'Allemagne, dans sa *Kulturgutschutzgesetz* du 31 juillet 2016⁵⁶ définit un principe de diligence requise à deux niveaux en distinguant les particuliers et les professionnels du marché de l'art ; tout comme les Pays-Bas à l'article 87a de leur *Dutch Implementation Act for the 1970 UNESCO Convention*⁵⁷.

⁵² Cass. 1^{ère} civ., 16 mai 2018, n°16-24563 : « le délai de trois ans auquel est soumise la revendication d'un bien meuble dont le véritable propriétaire a été dépossédé ne peut être opposé à ce dernier que par le possesseur de bonne foi ».

⁵³ Suisse, Loi fédérale sur le transfert international des biens culturels (Loi sur le transfert des biens culturels, LTBC) du 20 juin 2003 (État le 1er novembre 2020), Article 16.

⁵⁴ La non-tenue d'un livre de police par un professionnel du marché de l'art est puni de six mois d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende aux termes des dispositions de l'article 321-7 du Code pénal français.

⁵⁵ Suisse, Loi fédérale sur le transfert international des biens culturels (Loi sur le transfert des biens culturels, LTBC) du 20 juin 2003 (État le 1er novembre 2020), Article 16.

⁵⁶ Allemagne, Kulturgutschutzgesetz, 31 juillet 2016 (BGBl. I S. 1914), Section 41 – 44.

⁵⁷ Pays-Bas, 1970 UNESCO Convention on the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property (Implementation) Act, 12 juin 2009, Article 87a.

La jurisprudence également, notamment suisse, belge⁵⁸ et espagnole⁵⁹, analyse de plus en plus le comportement, au moment de l'acquisition, de l'acquéreur d'un bien culturel qui se revendique de bonne foi. Ainsi, le Tribunal fédéral suisse a pu considérer :

[...] qu'un collectionneur d'art n'avait pas respecté son devoir de diligence (fondé sur la définition de la bonne foi de l'art. 3 du Code civil) lors de l'acquisition d'un tableau de Kasimir Malevitch, dont il s'est avéré qu'il avait été volé, car il avait ignoré une « rumeur » qui lui avait été rapportée par l'experte qui avait examiné le tableau en vue de déterminer s'il était authentique, rumeur selon laquelle un tableau de Malevitch avait été volé et se trouvait sur le marché en Europe⁶⁰.

Au-delà de ce cadre normatif et jurisprudentiel, la notion de diligence requise est aussi très présente dans un cadre éthique qui repose sur des mécanismes d'autorégulation professionnelle. Plusieurs codes de déontologie internationaux mentionnent ainsi la notion de diligence requise à l'instar du Code de déontologie de l'*International Council Of Museums* (ICOM) pour les musées, du Code international de déontologie de l'UNESCO pour les négociants en biens culturels et du Code d'éthique de la Charte de la Confédération internationale des négociants en œuvre d'art (CINOA).

Le Code de déontologie de l'ICOM insiste particulièrement sur la notion de diligence requise, soulignant que la notion n'est pas restreinte aux transactions entre personnes privées. Aux termes des dispositions de l'article 2.3, intitulé « Provenance et Obligation de diligence », du Code de déontologie de l'ICOM :

Avant l'acquisition d'un objet ou d'un spécimen offert à l'achat, en don, en prêt, en legs ou en échange, tous les efforts doivent être faits pour s'assurer qu'il n'a pas été illégalement acquis dans (ou exporté illicitement de) son pays d'origine ou un pays de transit où il aurait pu avoir un titre légal de propriété (y compris le pays même où se trouve le musée). À cet égard, une obligation de diligence est impérative pour établir l'historique complet de l'objet depuis sa découverte ou création.

Bien qu'à l'origine strictement élaborée comme un élément d'appréciation pour indemniser le possesseur de bonne foi dans le cadre d'une restitution, la notion de diligence requise, qui s'applique aussi bien aux collectionneurs privés, aux marchands, qu'aux musées est ainsi devenue « un outil essentiel de la lutte contre le trafic illicite de biens culturels »⁶¹ selon les termes du Comité subsidiaire de la Réunion des États parties à la Convention de l'UNESCO de 1970 qui s'est réuni en 2019 lors de sa septième session.

B. *L'inévitable développement de la recherche de provenance*

La recherche de provenance est intrinsèquement liée au concept de diligence requise, puisqu'elle vise la reconstitution de l'histoire et de la trajectoire d'un bien culturel depuis sa création ou découverte, jusqu'à sa localisation actuelle. Effectuer des recherches de

⁵⁸ Belgique, Cass., 4 oct. 2012, publié sur le site officiel de la Cour de cassation belge (<http://jure.juridat.just.fgov.be>).

⁵⁹ Affaire de la *campana de la Santa María* (cloche de La Sainte Marie) citée par A.-L. CALVO CARAVACA, C. M. CAAMIÑA DOMINGUEZ dans « L'incorporation au régime juridique espagnol de la normative communautaire de restitution de biens culturels », *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octobre 2010), Vol. 2, No 2, pp. 15-34.

⁶⁰ A. v. B., ATF 139 III 305, 18 avril 2013, Journal des tribunaux 2015 II 79.

⁶¹ Comité subsidiaire de la Réunion des États parties à la Convention de l'UNESCO concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels, *Diligence requise*, C70/19/7.SC/8a (22 et 23 mai 2019).

provenance avant l'acquisition d'un bien culturel revient ainsi *a priori* à exercer la diligence requise.

Avec la recrudescence du trafic illicite de biens culturels, des institutions privées comme publiques ont développé de nombreux outils à l'attention des acteurs du marché de l'art, pour leur faciliter les recherches de provenance dans le but d'enrayer ce commerce illicite.

Précurseur dans le domaine, la compagnie britannique *Art Loss Register* a constitué une base de données - qui répertorie actuellement plus de 700 000 objets d'art perdus, volés ou pillés - à partir de déclarations des victimes de pillages ou de vols, des assureurs, des forces de police et d'autres. L'usage veut qu'aujourd'hui, avant de proposer une œuvre sur le marché, le vendeur, ou plus fréquemment l'intermédiaire professionnel du marché de l'art, demande au *Art Loss Register* la production d'un certificat attestant que l'œuvre n'est pas enregistrée dans leur base.

En 2020, Interpol a également lancé une application mobile gratuite, appelée *ID-Art*, qui facilite l'accès à leur base de données d'œuvres d'art volées. Celle-ci contient environ 50 000 photographies et descriptions de biens culturels volés et manquants, communiquées à Interpol par les services nationaux et les entités internationales autorisées. L'application mobile permet de rechercher, soit manuellement en renseignant les caractéristiques de l'œuvre (type d'objet, méthode, matière, description, titre, artiste, format, état de la signature, emplacement de la signature, *etc.*), soit visuellement en prenant une photo du bien culturel, si l'objet est enregistré dans leur base.

L'Office Central de lutte contre le trafic de Biens Culturels (OCBC), qui relève de la police judiciaire française, dispose, lui aussi, d'une base de données, la base TREIMA, qui recense tous les dépôts de plaintes relatifs à des biens culturels. Si cette base n'est consultable qu'en interne par les membres de l'OCBC, il est possible de leur formuler une demande de consultation concernant un objet en particulier.

Toutefois, si ces bases de données sont des outils primordiaux pour les acteurs du marché de l'art, elles conservent une portée limitée dès lors qu'un résultat de recherche négatif ne signifie pas que l'objet recherché n'a pas été volé, fouillé ou exporté illicitement. Il se peut simplement que l'objet n'ait pas encore été déclaré volé ou que le bien culturel soit considéré comme « non découvert »⁶² à l'instar d'un bien issu du pillage d'un site archéologique.

Indépendamment de ces bases de données, l'ICOM compose des *Listes rouges* qui répertorient les objets culturels en danger par région du monde⁶³. Contrairement aux bases susvisées, ces *Listes rouges* ne sont pas des listes d'objets volés, mais permettent simplement l'identification des catégories de biens culturels les plus exposés au trafic.

Se développent également des réseaux, comme par exemple la base ARCHEO de l'Organisation Mondiale des Douanes (OMD), qui visent à faciliter l'échange d'informations entre professionnels et experts de la protection du patrimoine culturel afin d'optimiser une application efficace de la loi dans ce domaine.

⁶² Notion issue de la Conférence internationale des Fouilles, *Principes internationaux concernant le régime des antiquités et des fouilles* (Le Caire, mars 1937).

⁶³ Pour consulter ces listes : <https://icom.museum/fr/ressources/red-lists/>

Il pourrait également s'agir de faciliter les échanges d'informations entre le marché de l'art et les acteurs de la protection du patrimoine. Témoin de la circulation des objets, le marchand est un maillon essentiel au repérage des œuvres à la provenance douteuse. Dès lors, une collaboration entre les marchands et les sphères institutionnelles permettrait aux premiers d'éviter d'acheter des objets à la provenance insatisfaisante et aux seconds de localiser un plus grand nombre d'objets culturels issus d'un trafic illicite. Pour faciliter ce dialogue, il serait opportun de systématiser le recours à une norme créée par l'UNESCO, la norme *Object ID*, destinée à simplifier et rationaliser la description des objets d'art et d'antiquités. Cette fiche *Object ID* pourrait être protégée par un système de *blockchains* afin d'éviter toute falsification des données.

Toutefois, la recherche de provenance a un objectif beaucoup plus vaste que la lutte contre le trafic illicite de biens culturels puisqu'en retraçant au plus près le parcours et l'historique d'un bien depuis sa création ou découverte jusqu'à sa localisation actuelle, la recherche de provenance permet de s'assurer que le bien, certes, n'a pas été illicitement exporté ou volé, mais aussi qu'il ne s'agit pas d'un faux ou que celui-ci n'a pas fait l'objet d'une spoliation durant la Seconde Guerre mondiale ou la colonisation. Or, les affaires de faux, à l'instar de l'*Affaire Wolfgang Beltracchi*, l'*Affaire Ruffini*⁶⁴, l'*Affaire des faux de Versailles*⁶⁵, tout comme les revendications des victimes de spoliation, qu'il s'agisse de familles juives spoliées durant la Seconde Guerre mondiale ou d'États africains pillés pendant la colonisation, occupent aujourd'hui une place de choix dans l'actualité.

Face à ces revendications, les musées ont intensifié les recherches de provenance sur les objets de leurs collections. En ce sens, la France a récemment créé, par arrêté du 16 avril 2019, une *Mission de recherche et de restitution des biens culturels spoliés entre 1933 et 1945*⁶⁶. Elle vise à identifier notamment, les propriétaires des Musées Nationaux Récupération (MNR) ; œuvres d'art récupérées en Allemagne à l'issue de la Seconde Guerre mondiale et encore en dépôt dans les musées français, faute d'identification de leurs propriétaires légitimes. En Allemagne, l'*Association allemande des musées* a publié en 2018 un *Guide pour le traitement des biens de collections issus de contextes coloniaux*⁶⁷, et le ministère allemand des Affaires étrangères a récemment annoncé que l'Allemagne s'acheminait vers une restitution de tous les bronzes pillés au Bénin (actuel Nigéria), présents dans ses collections publiques⁶⁸.

Ces recherches de provenance nécessitent la consultation d'un très grand nombre d'archives publiques (analyse des catalogues et des procès-verbaux de ventes aux enchères, *etc.*) comme privées (correspondances, testaments, inventaires privés, photographies, *etc.*), plus ou moins facilement accessibles ; ce qui représente inévitablement d'importants investissements temporels et financiers⁶⁹. Or, ces recherches devraient idéalement être mises en œuvre à l'égard de tous les biens culturels

⁶⁴ v. V. NOCE, *L'affaire Ruffini, Enquête sur le plus grand mystère du monde de l'art*, Buchet-Chastel, 2021.

⁶⁵ H. SECKEL, « Une nouvelle affaire de faux meubles présumés secoue le milieu des antiquaires parisiens », *Le Monde*, 6 juin 2018.

⁶⁶ Arrêté du 16 avril 2019 portant création de la mission de recherche et de restitution des biens culturels spoliés entre 1933 et 1945.

⁶⁷ *Guide pour le traitement des biens de collections issus de contextes coloniaux*, Association allemande des musées, octobre 2018.

⁶⁸ C. HICKLEY, « L'Allemagne se dirige vers la restitution totale des bronzes du Bénin », *The Art Newspaper Daily*, n°679, 24 mars 2021.

⁶⁹ G. FLETCHER, « The Ethics of Provenance Research and the Art Market », in *Provenance Research Today*, Édition Arthur Tompkins, 2020.

objets de transactions et d'une grande partie des biens culturels exposés dans les musées.

Face à ce constat, la réflexion autour de la formation au métier de chercheur de provenance devient une priorité, qui ne peut aller sans la construction de la discipline même que constitue la recherche de provenance. Un tel travail pourrait débiter avec une réflexion scientifique approfondie sur ce que recouvre la notion de provenance en matière de biens culturels, au regard de l'histoire de l'art, de l'histoire, du droit et de l'anthropologie. Puis, à partir de ces fondements académiques solidement établis, il sera alors possible de développer une typologie, une méthodologie et des outils (base de données, réseaux de communication entre chercheurs, *etc.*) qui constitueront une base commune pour tous les travaux de recherche de provenance. En effet, seuls des chercheurs de provenance dûment formés et disposant d'une méthodologie et d'outils appropriés seront à même de répondre à la demande grandissante en matière de provenance des biens culturels.

Soft Power at the Time of Pandemic: Upheavals and Continuity of Cultural Industries¹

M. Pierre-William Fregonese,
Professeur associé à l'Université de Kobe

Over the last decade, official cultural diplomacies have had their funding cut down by States, thus questioning the new outlines of soft power, a concept coined by Joseph Nye in his 1990 groundbreaking work, 'Soft Power' in the journal *Foreign Policy*. To put it shortly, soft power is getting others to want the outcomes that you aim at, by means of political values, culture and the establishment of international norms. Thanks to this power to attract attention, a country is able to shape the preferences of others—a crucial ability in a fully globalized and highly competitive international system where reputation and confidence are major concerns. Perceptions and attractiveness are more than ever consequential to a country's position in global politics.

Thus, there has been a progressive but clear power shift from governments and public institutions to non-state actors, among which non-governmental organizations (NGO), large corporations, civil societies and even individuals. The multiplication of actors, who possessed their own respective networks and vectors, would mean a change of paradigm concerning cultural influence in world politics. Joseph Nye (2020) points out that “in an information age, success depends not only on whose army wins, but also on whose story wins.” However, in the 21st Century, stories are constantly being rewritten, in whole or in part. Thus, it makes sense to evaluate the importance of soft power for countries' diplomacies in the pandemic world.

First and foremost, the pandemic has compounded the emergence of new actors who had already benefited from the advent of the digital age. While governments have been struggling with the economic consequences of the pandemic, their successive health policies happened to strengthen two important part of their cultural industries and creative economy: the video game sector, and the streaming services. Both share many similarities, such as an increasingly close, specific business model that combines rules and effects of attention and pulsion economies, plus the ambition to sell more and more cultural content rather than cultural goods. Such a global research question calls for an interdisciplinary approach.

I. Home sweet home: attention, free-time and coexistence.

The entertainment business, through cultural industries, is one of the main assets of industrialized nations because it combines both economic power and soft power. Although it is not a new phenomenon, this trend is on the rise. Such a source of attraction can outcompete other traditional sources, like museums or heritage tourism. The public health measures restrictions taken during the pandemic - ranging from the simple closure of cultural venues to curfews and lockdowns in many countries - have incidentally accelerated this deep-rooted tendency. Over the past year, the film industry has inevitably suffered a major crisis due to the cancellation of some films' theatrical releases and the closure of some movie theaters. However, many cultural industries have managed to take advantage of the crisis. Containment measures², such as curfews

¹ This work was supported by JSPS Core-to-Core Program (A. Advanced Research Networks), 'Research on the Public Policies of Migration, Multiculturalization and Welfare for the Regeneration of Communities in European, Asian and Japanese Societies.'

² FT Visual & Data Journalism Team (2021), “Lockdowns compared: tracking governments' coronavirus responses”, [ig.ft.com/](https://ig.ft.com/coronavirus-lockdowns/), Jan. 28, <https://ig.ft.com/coronavirus-lockdowns/>.

and partial or full lockdowns, have given a new visage to the liberty of the moderns (Constant 1819), which became the remaining liberty of the neo-moderns: the private space, as a place of the allowed culture. In other words, the choice of the private life is not only influenced by one's desire, but also by some collective obligation created by a global health emergency. Henceforth, people's attention, especially in large cities, tends to focus on information, cultural goods and cultural contents they can consume from home. One may call it the emergence of an "entrenched man."

The notion of attention is an old concept in social sciences. It is deeply linked with information: "What information consumes is rather obvious: it consumes the attention of its consumers. Hence a wealth of information creates a poverty of attention and a need to allocate that attention efficiently among the overabundance of information sources that might consume it" (Simon 1971). As a result of the development of new media, information technologies and permanently connected smartphones, tablets, computers and televisions, there is an overflow of information and misinformation in a virtual world. This phenomenon involves actual debates about the issues and the management of the pandemic, and has been coupled with a repositioning of leisure activities, thus reducing our already limited attention capacity. In an Internet-driven world, the surge of free information leads to a more divided attention. A day has only 24 hours and an individual can't read or watch everything. In other words, the business of news and cultural companies is now to constantly try to catch and hold the attention of their consumers.

In most cases, during the pandemic, people's screen time (no only « super users' », but also adults' and children's) has surged up. This surge resulted in a substantial increase of daily streaming and video games consumptions and the development of "media multitasking", that is the utilization of at least two screens at the same time. Thus, cultural industries like streaming platforms and the sector of video games have been able to shape even more significantly people's attention through the interconnectedness of specific cultural communities based on more or less regular exchanges, and direct or indirect communications. As Frédéric Martel (2020) explained, "new trends have emerged in cultural consumption, including, without attempting to be exhaustive, practices involving new usages (participation, collaboration, multitasking, peer-to-peer exchanges, binge watching, playlist, virality), those benefiting from new technologies (streaming, OTT, replay, podcasting and on-demand listening) and those based on new business models (unlimited subscription)."

Before the pandemic, Netflix used to explain that the lower presence of its service in several countries was due to online platforms but mostly to video games, its first contender being *Fortnite Battle Royale*, a free-to-play game developed and published by *Epic Games* in 2017. In a letter to its shareholders dated 17 January 2019, following its Q4 results, the company wrote: "we compete with (and lose to) *Fortnite* more than *HBO*."³ As a matter of fact, this popular game became a shared culture, combining very fast-paced multiplayer sessions and its players' research for a social status or role, by a business model based on pulsion economy through microtransactions to acquire new skins. Thus, the duel between the two giants *Netflix* and *Fortnite* appeared to be a good illustration of attention and pulsion economies. It is like a one-on-one in which screen time is the most valuable metric and a company, if it wants to flourish, has to lure

³ Netflix (2019), *Letter to the shareholders*, Netflix, Jan. 17.

audiences away from a competitor. As a consequence, *Netflix* has experimented with interactives fictions like *Black Mirror: Bandersnatch*, in order to diversify its offer and client base.

However, the pandemic has reshuffled the deck by increasing the screen time of the consumer. The pandemic boosted *Netflix* and other streaming platforms in 2020, including new players such as *Disney +* launched in November 2019. Concerning *Netflix*, the service has been continuing to sign up new customers despite the new serious competition. *Netflix* actually benefited from a more steady consumption between weekdays and weekends. However, its resistance could also be explained by the one-off release of the entire season of a TV shows, a strategy that fosters ‘binge watching’, audience loyalty, large library and original shows. Thus, the pandemic brought up a streaming cohabitation rather than a streaming confrontation, and platforms ended up the year with 50% more U.S. subscribers on average.⁴ This streaming cohabitation could be added to a less fierce competition with video games. Schools and universities were closed in many countries, and the young audience had plenty of free time to watch TV shows. In a way, the time stopped in favor of virtual worlds.

II. Onto the battlefield of entertainment: towards real and virtual spaces to conquer.

Sharing culture is not a one-way direction, and the public contributes to creating a cultural wave. The lean-back audience has a tendency to be more active, and to like, share, score and participate more on social media, but also through online gaming platforms. According to Nancy Snow (2009), “global publics will not allow themselves just to be talked to, but are demanding fuller participation in dialogue and feedback through the help of Web 2.0 communication technologies and new media.” Moreover, virtual communities have been growing, often around one leading personality from the pop and geek cultures (Twitcher, YouTuber, Instagrammer, TikToker, etc.), or one product or content from the cultural industries and creative economy. Sometimes, a leading personality can emerge thanks to a particular cultural product. For example, YouTuber Bob Lennon, who has more than two million of followers on YouTube, became famous for his videos on the building game *Minecraft*. He now unites attracts a large community around him. Cultural influence is now based on these web 2.0 standards of a digitalizing world that creates mighty sub-cultures.

Driven by these virtual communities and their sub-cultures, the boundaries between so-called “popular culture” and “elite culture” are being blurred, and a new kind of hybrid and technological culture has emerged: the geek culture. This geek culture is not only a vector to promote a new cultural hierarchy, a dissenting art of living or a redesigned economic system, but it is also used to defend universal values like freedom, solidarity, democracy and human rights. A soft power can be spread worldwide through elements that can be accepted universally. Even if a country’s leadership doesn’t promote these values, cultural industries can take over. Mass consumption has been affecting imaginaries for decades - and when imaginaries are affected, then the perception of reality changes.

Among pop culture products and contents, popular video games are more and more used to defend values through demonstrations in the games and *outside* the games. For

⁴ Fitzgerald, D. & Rizzo, L. (2020), “Forget the Streaming Wars - Pandemic-Stricken 2020 Lifted Netflix and Others”, *wsj.com*, Dec. 30, <https://www.wsj.com/articles/forget-the-streaming-warspandemic-stricken-2020-lifted-netflix-and-others-11609338780>

example, the character of Mei from *Overwatch* (Blizzard Entertainment, 2016) was used as a rallying sign to defend free speech during the 2019-2020 Hong-Kong protests, whether they took place in the streets or on social media. The same demonstrators also used *Animal Crossing: New Horizon* (Nintendo, 2020) to defend their ideal of freedom through, this time, in-game protests. Nintendo's profits soared during the pandemic and this game was such a success that it has become a new space of political activism. More surprisingly, maybe, Joe Biden and his team used *Animal Crossing: New Horizon* to campaign across the USA and set-up in-game meetings, in order to reach voters and limit contaminations during Fall 2020. The Biden Campaign had its own island, called Biden HQ, where players could visit the candidate's field office.

But Joe Biden was not the first politician to turn gaming platforms. Even if she was mocked at that time, Hillary Clinton and her team had the same idea with “the Pokemon GO to the Polls” in 2016. In a similar approach, Arnold Schwarzenegger, a well-known actor, used the combination of Twitter, a powerful social medium, with a pop cultural reference to *Conan the Barbarian*, a famous movie that he played in, to rehabilitate American soft power and the values of resilience, solidarity and tolerance, just after the storming of the US Capitol Riot in early January 2021 by Far-right militants and supporters of Donald Trump. More than 1 million people all over the world have liked this video. In the United-Kingdom, the witty goose from *The Untitled Goose Game* (House House, 2019), an indie game full of absurd humour, was drawn on many streamers during Anti-Brexit Protests, and the studio itself mocked the Tories on Twitter and pushed for greater solidarity.

III. A dream within a dream: *Fortnite*, a “cultural and political metaverse.”

Based in North Carolina, Epic Games is one the companies that benefited the most from the pandemic. According to the company, its main game *Fortnite* had over 350 million registered players⁵ in May 2020. However, Epic Games has not limited itself to the simple monitoring of the successful mode Battle Royale. In April 2020, Epic Games launched “Party royale”, a violence-free mode in *Fortnite*. This nonviolent island was separated from the famous winner-takes-all battle royale mode; no weapons, no buildings, no competitive aspect on this smaller map, but an “experimental and evolving space⁶”. In other words, a cultural and political metaverse⁷ on the rise, a place that will underline that cultural transfers are everywhere, all the time, with political imaginaries that contain values and ideologies. As social media, cultural industries tend to get more control on their own services.

Over the past year, different events have been organized in these distinctive social spaces to reach a new audience. The most important were probably in-game concerts and in-game movies. Concerning in-game concerts, the first artist who collaborated was Marshmello, the American electronic music producer and DJ, who held two concerts on February 2 and 3, 2019. On those days, there was no party royale mode, so *Fortnite* players were transported to a virtual stage at a specific time to listen to his music. Party royale mode was inaugurated by “Astronomical”, the first spectacular and psychedelic

⁵ Statt, N. (2020), “Fortnite is now one of the biggest games ever with 350 million players”, *theverge.com*, May 6, <https://www.theverge.com/2020/5/6/21249497/fortnite-350-million-registered-players-hours-played-april>

⁶ The Fortnite Team (2020), “What is Fortnite? Beginner’s guide”, *epicgames.com*, Sept.2 2020, <https://www.epicgames.com/fortnite/en-US/news/what-is-fortnite-beginners-guide>

⁷ A «metaverse» could be defined as an online and persistent virtual-reality experience. The first appearance of this word appeared in the novel *Snow Crash* (1992), written by Neal Stephenson.

performance of five shows delivered by the American rapper Travis Scott on April 23, 2020, which broke the record of Marshmello. 12.3 million concurrent players participated in his virtual performance, compared with 10.7 million for Marshmello⁸. This record was clearly helped by stay-at-home quarantine conditions in many countries. Since then, several concerts series and live performances have taken place on this “Party royale” mode, such as the American singer Dominic Fike on September 12, 2020. With these musical events, Epic Games is progressively asserting its place in the recording and music industries, while offering a performance space and a public forum to committed artists like Travis Scott, who actively supported the Democratic Party’s nominee Beto O’Rourke, in the Texan senate race of 2018.

In addition to the concert stage, a theater has been implemented. In other words, a screen within a screen. Before the party royale mode, *Fortnite* hosted a clip of the last *Star Wars* movie, *The Rise of Skywalker*, in December 2019. After the launch of the “Party royale” mode, this social space organized a screening of a trailer for the movie *Tenet* in May 2020, and three of Christopher Nolan’s biggest films in June 2020 - *Inception*, *The Prestige* and *The Dark Knight*. Depending on the country where you were located, you could see either of these. Even if this broadcast sounds like a little funny gadget, it proved a new experience to users. First, an annoying audience could be muted, which is something impossible in a crowded cinema. Then, the designers created interactive features that made possible a communal experience: you could play with toys, throw tomatoes at the screen, and you could even climb to the top of the screen with a grappling hook; obviously, there is a kind of underlying violence in nonviolent virtual places. As for the music sector, Epic Games is also positioning as a vector of the film industry. By choosing to screen a movie like *The Dark Knight*, a highly political work, *Fortnite* became a catalyst for sharing political ideas, notably the legitimate uses of the means of violence.

Besides these experiments in integrating some cultural contents within other cultural contents, *Fortnite* also used the “Party royale” mode as vehicle to defend values in a straightforward way. As a matter of fact, the program *We The People*, hosted by Van Jones was aired in this mode on July 4, 2020 at 8:46 a.m for 8 minutes and 46 seconds - the time and duration of George Floyd’s aggression, when he was crushed to the ground by the police of Minneapolis. Various guests, like Elaine Welteroth, Jemele Hill and Killer Mike, were invited to discuss the status of race in America, systemic racism and police brutality. Thus, the popular game became an obvious tool of soft power, sharing dreams and values inside its own virtual reverie - a reverie that may welcome political rallies in the future, at the risk of turning soft power into propaganda.

IV. Virtual worlds, real strategy: China, Tencent and massive investments.

One interesting case is China, whose regional and international reputation has been seriously affected by the outbreak of the pandemic, the Hong Kong protests and the current situation of the Uyghur population in Xinjiang. China is now attempting to show the face of a responsible power, but still has a long way to go before improving its image on the international scene. Nevertheless, the Chinese cultural strategy, once described as pure propaganda rather than subtle soft power, in the words of western

⁸ Spangler, T. (2020), “Travis Scott Destroys ‘Fortnite’ All-Time Record With 12.3 Million Live Viewers”, *variety.com*, April 24, <https://variety.com/2020/digital/news/travis-scott-fortnite-record-viewers-live-1234589033/>

media and academics, can rely on private economic diplomacy through large and powerful corporations, such as Tencent, China's second biggest tech firm, to prepare a future remedy for its tainted reputation.

Tencent is a media company integrating entertainment and culture that has made tremendous efforts to invest in western cultural companies, notably in the video game sector. In 2020, Tencent followed a strategy of minor participations and increasing stakes, and invested in more than 30 video game companies⁹. Among them, the renowned Japanese studio Platinum Games in January 2020 and the successful online game platform *Roblox* in February 2020. *Roblox* has become one of the most popular games with 150 million monthly users last year¹⁰, whereas the popular *Minecraft* only has 126 million monthly users. Since January 2021, the Chinese media conglomerate has succeeded in purchasing a majority stake in Klei Entertainment, a Canadian indie developer, and taking a minority stake in Dontnod Entertainment, a French studio, for 30 million euros. These massive investments could have an effect on the narratives produced, and incidentally on the dreams of millions of players all around the world, as such investments would allow whoever to block an embarrassing cultural content or promote a particular way of thinking. Even if the company has grown and moved from a local and national strategy to an international ambition, Chinese government keeps an eye on Tencent and applies a surge pressure¹¹, because the corporation is the most valuable company in Hong Kong and, above all, one of the future keepers of dreams: current ideals are partly being shaped by virtual worlds and virtual bodies.

As a matter of fact, at the beginning of the last decade - several year before the success of *Fortnite Battle Royale* - Tencent acquired almost 40% of total Epic Games, and is still a minority shareholder of the company; Tim Sweeney, the CEO of Epic, remains the majority shareholder. In the future, this investment could have a prejudicial effect if the Chinese giant managed to increase its stake in the share capital. Thus, the fear is growing among players, also citizens, all over the world and even institutions and governments, notably concerning the use of personal data¹² but also about a possible blackout of some events and cultural content in order to block an eventual in-game political activism.

V. Conclusion

To conclude, soft power remains a story to create and to share. Above all, States need great vectors of influence to spread their cultural narratives. The blurring of the distinction between popular and elite culture, as well as the rising prominence of interactivity in a virtual age and the need of an instantaneous fun society, have led to making several cultural industries as a pillar of cultural influence, vectors that can

⁹ Ministry of Electronics & IT & Niko Partners Value Added News Analysis Service (2021), "Niko partners - 19 years of powering insights", *nikopartners.com*, Jan.20, <https://nikopartners.com/niko-partners-19-years-of-powering-insights/>

¹⁰ Roblox (2020), "Roblox Developers Expected to Earn Over \$250 Million in 2020; Platform Now Has Over 150 Million Monthly Active Users", *corp.roblox.com*, July 28, <https://corp.roblox.com/2020/07/roblox-developers-expected-earn-250-million-2020-platform-now-150-million-monthly-active-users/>.

¹¹ Culpan, T. (2020), "Tencent May Be Too Awesome for Its Own Good", *washingtonpost.com*, Nov. 13, https://www.washingtonpost.com/business/tencent-may-be-too-awesome-for-its-own-good/2020/11/12/7a012650-24e8-11eb-9c4a-0dc6242c4814_story.html.

¹² Whalen, J. (2021), "California plaintiffs sue Chinese tech giant Tencent, alleging WeChat app is censoring an surveillance them", *washingtonpost.com*, Jan. 21, <https://www.washingtonpost.com/technology/2021/01/20/wechat-class-action-lawsuit-us/>

facilitate the projection of the soft power abroad and then shaping perceptions. Thus, the reinforcement and the diversification of powerful actors such as Tencent or Epic Games, large corporations more or less close to their own governments, have not been stopped by the pandemic, quite the contrary. The actual situation of specific cultural industries appears to be a complex and gigantic domino game, where each move could be decisive for the future cultural geopolitic.

Lastly, the pandemic appears to be a period that breaks time apart, and also a surprising economic bubble for some new cultural industries that could devour other elders. Nevertheless, one question remains: what will happen after this pandemic? Obviously, free time should contract again, because of the full reopening of schools/universities and places of cultures (theaters, museum), the resumption of outdoor activities and the recovery of tourism industry for domestic and international citizens. The trend seems unstoppable and in favor of the new cultural industries. However, the consumer and citizen choices in the post-pandemic world will be the key to a new soft power paradigm.

La recherche à l'école doctorale

Research at the Graduate School

Le contrôle de la régularité internationale des jugements étrangers. Étude comparée de Droit international privé français et colombien*

Mme Alejandra Blanquet-Angulo,
Maître de conférences en droit privé à l'Institut catholique de Paris

L'intensification de la circulation internationale des décisions judiciaires illustre la progressive et remarquable internationalité des relations privées. Aujourd'hui, il n'est pas rare que les parties invoquent les effets d'un jugement judiciaire au sein d'un ordre juridique différent de celui qui l'a rendu. Permis et encadré par le droit international privé, ce mouvement n'en demeure pas moins appréhendé par le droit interne des différents États concernés, tant il est vrai que le droit international privé est d'abord un droit national. Ainsi, l'acceptation ou le refus de l'efficacité d'un jugement étranger est une décision qui appartient à chaque ordre juridique et qui dépend du mécanisme de droit international privé que le for sollicité a adopté. Cette présentation de l'efficacité des jugements étrangers conduit l'internationaliste privatiste à affirmer que la reconnaissance et l'exécution des décisions étrangères peuvent varier d'un ordre juridique à l'autre et qu'il s'agit là d'une question qui est, par conséquent, dominée par l'hétérogénéité. Au regard de cette première affirmation, l'internationaliste privatiste pourrait également considérer que ladite hétérogénéité commande simplement une étude nationale de la circulation des décisions étrangères. Un tel choix méthodologique, assurément, est pertinent. En effet, ce n'est qu'en étudiant les particularités du régime d'efficacité mis en place par l'ordre juridique dans lequel l'efficacité d'une décision étrangère est invoquée qu'il est possible de savoir si, oui ou non, celle-ci est susceptible d'être reconnue ou exécutée et, dans le cas d'une réponse positive, de connaître la démarche à suivre. Ceci permet alors au praticien de répondre aux légitimes questions des parties.

Cependant, si d'un point de vue pratique cette approche cloisonnée de la circulation des jugements étrangers est apparemment satisfaisante, elle s'avère limitée lorsque la question est analysée à lumière de la coordination des ordres juridiques, de l'harmonie des solutions, ou encore de la sécurité juridique et de l'efficacité de la justice, autant d'objectifs que le droit international privé poursuit en matière de circulation des jugements étrangers, objectifs qui d'ailleurs intéressent directement les parties et le praticien. En effet, l'étude dissociée des systèmes d'efficacité ne répond que partiellement au caractère international de la circulation des jugements étrangers, n'offrant dès lors qu'une vision incomplète des enjeux qu'elle représente. Autrement dit, si une telle approche peut être utile pour maîtriser les régimes d'efficacité individuellement considérés, et pour constater l'existence de systèmes plus libéraux ou plus stricts, elle se soucie moins d'apporter des solutions aux complications créées par les écarts identifiés entre les ordres juridiques.

Or, une autre voie méthodologique est possible, permettant de mieux appréhender le caractère international de l'efficacité des jugements étrangers, à savoir la méthode comparatiste. Consistant à étudier la reconnaissance et l'exécution des décisions étrangères au moyen de la confrontation des expériences juridiques de différents ordres

* Thèse rédigée sous la direction de Mmes. Les Professeurs Marie GORE (Université Paris 2) et Adriana ZAPATA (Université Externado de Colombie) et soutenue le 6 novembre 2020 à l'Université Paris 2 Panthéon-Assas devant un jury composé des Professeurs S. FULLI-LEMAIRE (Université de Strasbourg) ; D. M. ROJAS TAMAYO (Université Externado de Colombie) ; S. CORNELOUP (Université Paris 2) et L. USUNIER (Université de Cergy-Pontoise).

juridiques, la méthode comparatiste révèle la coexistence d'une pluralité de conceptions de l'efficacité internationale. Elle permet également d'identifier, à partir de cette pluralité de conceptions, les raisons pour lesquelles la reconnaissance et l'exécution s'opèrent différemment au sein des ordres juridiques comparés. Loin de se limiter au constat de la divergence, l'analyse comparée permet d'en comprendre les causes et contribue à formuler, à partir des expériences analysées, des propositions destinées à favoriser le rapprochement des ordres juridiques, et ce, grâce à la simplification et à la modernisation des instruments juridiques liés à la circulation des jugements étrangers.

Guidé par l'intérêt d'assurer une meilleure compréhension des enjeux soulevés par la circulation des jugements étrangers et, par ce moyen, de favoriser l'enrichissement mutuel entre les ordres juridiques, notre travail propose d'analyser la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers à l'aune du droit international privé comparé. Pour ce faire, nous étudions la manière dont les décisions étrangères parviennent à leur efficacité normative au sein du droit français et du droit colombien. Qu'est-ce qui justifie le choix de ces ordres juridiques ? Tous deux appartiennent à une même famille juridique, celle du droit continental, et l'influence juridique française en Colombie, qui se manifeste dans plusieurs domaines juridiques, transparait également en droit international privé. Or, cette proximité ne s'est pas traduite par l'adoption d'une vision similaire de la circulation des jugements étrangers, ni par la mise en place d'un système d'efficacité semblable de chaque côté de l'Atlantique. Cette divergence invite à son étude, et ce parce qu'elle révèle l'existence d'un écart important entre les deux ordres juridiques quant à la manière de réagir face à l'extranéité de la relation juridique. Dépassant l'efficacité des jugements étrangers, cet écart met en lumière l'existence d'une opposition plus fondamentale relative à la conception du droit international privé que chaque ordre juridique privilégie.

Pour entreprendre notre analyse comparée franco-colombienne, nous nous sommes d'abord appuyés sur l'acceptation, dans les deux droits, de l'efficacité des décisions étrangères et, plus spécifiquement, sur l'adoption du contrôle de régularité internationale en tant qu'instrument commun d'efficacité (Première partie). En effet, tant en France qu'en Colombie, ce contrôle est le mécanisme prévu pour permettre à la décision étrangère de parvenir à son efficacité normative définitive dans le for. Il constitue, à ce titre, l'élément directeur de notre comparaison. Mais, si l'instrument juridique est commun, force est de constater qu'il ne traduit pas une circulation pareillement simplifiée des décisions étrangères dans les deux pays. La reconnaissance et l'exécution des jugements se révèlent imprévisibles et entravées en droit colombien en raison, notamment, de la rigidité avec laquelle le contrôle de régularité est utilisé. Cette rigidité est ancienne et trahit une absence notable d'évolution de l'instrument colombien. En ce sens, il prévoit, par exemple, une condition de réciprocité que les juges interprètent de manière exigeante. De plus, le contrôle doit toujours être réalisé préalablement à toute reconnaissance ou exécution de la décision. Cela signifie, *in fine*, qu'avant l'intervention du juge, le jugement étranger n'a aucune existence juridique en Colombie, du moins en tant qu'acte juridictionnel. Dès lors, les parties demeurent enfermées dans un litige qui a pourtant déjà été tranché à l'étranger. À l'inverse, le contrôle de régularité français fait l'objet d'une évolution continue, dans le sens d'une simplification de la circulation des décisions. Les conditions de régularité qui forment le contrôle ne cessent d'être allégées et sa mise en œuvre préalable connaît un assouplissement progressif, notamment par le biais du droit européen où l'efficacité de plein droit devient la règle générale au sein de certains règlements.

Notre démarche comparée, grâce à laquelle nous espérons contribuer à une meilleure compréhension du contrôle de régularité, entend expliquer les divergences existantes entre les droits français et colombien en identifiant leurs sources et en déterminant leurs effets sur la circulation des décisions étrangères et, plus largement, sur le droit international privé. Trois étapes ont rythmé notre travail. La première a été pensée comme une *déconstruction comparée* des deux droits. Elle a été l'occasion d'explorer le contexte ayant entouré l'adoption du contrôle dans chaque ordre juridique, son organisation, ses sources et ses finalités. À partir des particularités identifiées, la deuxième étape a consisté dans leur *appréciation comparée*. Celle-ci nous a permis de mesurer combien le contrôle de régularité s'épanouit au cœur d'une évolution asymétrique de l'efficacité des décisions étrangères dans chaque pays. Sans mettre en cause le caractère commun de l'instrument d'efficacité, ladite asymétrie a révélé la nature adaptable qui caractérise le contrôle de régularité. C'est cette adaptabilité qui lui permet de s'accommoder d'une pluralité de conceptions de l'efficacité et du droit international privé. En effet, en Colombie, l'instrument d'efficacité intervient dans le cadre d'une conception publiciste de l'efficacité et du droit international privé, conception essentiellement guidée par la protection de la souveraineté nationale. En revanche, en France, le contrôle répond à une conception plus privatiste de l'efficacité et du droit international privé, au sein de laquelle l'un des intérêts du for est de favoriser la coordination des ordres juridiques afin d'assurer la sécurité juridique, le respect des intérêts des particuliers, ainsi que l'efficacité de la justice. L'identification de l'opposition qui existe entre les deux droits quant à la conception de l'efficacité, ainsi que l'établissement de la nature adaptable du contrôle, nous ont permis de caractériser une mise en œuvre différenciée du contrôle au sein de chaque droit étudié (Seconde partie). En effet, ces deux facteurs exercent une influence directe sur la manière d'apprécier la régularité internationale de la décision étrangère, et sur l'organisation procédurale du contrôle en France et en Colombie. Ces divergences sont de nature à expliquer que, tout en demeurant un même instrument d'efficacité, le contrôle de régularité puisse conduire à des résultats différents en fonction du pays observé.

En outre, cette étape d'appréciation comparée a été l'occasion de mesurer le caractère problématique de la conception publiciste de l'efficacité et du droit international privé. À une époque où la circulation des personnes, des biens, des capitaux et des jugements ne cesse de s'intensifier, une telle conception peut limiter la modernisation des ordres juridiques. Cet obstacle empêche certains États de répondre correctement aux enjeux de l'internationalité effervescente des relations privées, que cela soit sur le plan du conflit de lois ou sur celui du conflit de juridictions. La Colombie est à ce titre un exemple topique. De plus, notre démarche d'appréciation comparée a permis de relever combien la coexistence de conceptions opposées de l'efficacité et du droit international privé risque d'entraîner des conséquences regrettables tant au niveau bilatéral que dans le cadre du contexte multilatéral. L'étude de la récente Convention de La Haye de 2019 sur la reconnaissance et l'exécution des décisions étrangères rendues en matière civile ou commerciale le démontre. En effet, en cherchant à favoriser la circulation des décisions étrangères par la modernisation des pays qui, comme la Colombie, témoignent encore d'une certaine réticence à cet égard, la Convention de La Haye confirme l'opportunité, l'importance et la nécessité de favoriser le rapprochement entre les ordres juridiques. En ce sens, après avoir analysé le système d'efficacité que cette Convention propose à la lumière des droits français et colombien, il apparaît que les

finalités qu'elle poursuit seront difficilement réalisables tant que les pays signataires ne partageront pas une même conception privatiste de l'efficacité.

C'est justement cette idée de rapprochement qui est au centre de *l'étude prospective comparée* des droits français et colombien, qui forme la troisième étape de notre démarche méthodologique. En effet, nous proposons certaines adaptations de l'instrument d'efficacité afin de créer des ponts de communication entre les ordres juridiques et pour contribuer à une véritable simplification de la reconnaissance et de l'exécution des décisions étrangères. Ainsi, il convient, selon nous, d'abandonner la lecture du contrôle de régularité à la lumière exclusive d'une conception publiciste de l'efficacité. Si un tel abandon signifie pour certains ordres juridiques, à l'image de la Colombie, d'entamer un mouvement de refonte du droit international privé, nous sommes certaine qu'il s'agit là d'une modernisation opportune et nécessaire et dont les effets positifs rejailliront aussi au sein des initiatives multilatérales. Dans le prolongement de ces propositions, nous estimons également que, compte tenu de la nature adaptable de l'instrument d'efficacité, son évolution doit davantage être confiée à la jurisprudence, plus à même d'assurer efficacement l'adaptation de la loi au cas d'espèce. À ce propos, la simplification de la reconnaissance et de l'exécution des jugements étrangers commande la désignation d'un tribunal judiciaire compétent pour mettre en œuvre le contrôle de régularité qui soit facilement accessible par les parties. En effet, au regard de l'expérience française, c'est dans l'interprétation et dans l'adaptation de la loi par le juge que la modernisation du droit international privé colombien, et celui des pays qui disposent d'un système d'efficacité comparable, est possible. Bien entendu, une telle ambition suppose d'y consacrer des moyens suffisants, notamment dans la formation des différents acteurs appelés à intervenir.

Précisons que le rapprochement que nous proposons ne poursuit pas l'anéantissement des différences entre les ordres juridiques étudiés. La « différence » est la source même du droit international privé comparé et traduit la pluralité, et donc la richesse, des ordres juridiques. Si le droit international privé comparé poursuit le rapprochement des ordres juridiques pour satisfaire des objectifs déterminés, un tel mouvement n'ambitionne pas nécessairement d'atteindre une unification. Notre étude comparée en droit international privé français et colombien l'illustre.

La perspective qu'offre le droit international privé comparé, avec laquelle nous avons étudié le contrôle de régularité, ne consiste pas à proposer aux juristes un voyage à la découverte de l'« exotisme » des droits étrangers, voyage qui se réduirait au simple constat des divergences et des convergences. Elle n'est pas non plus un prétexte pour affirmer la supériorité d'un droit par rapport à un autre. Non. Une telle perspective invite à analyser l'instrument d'efficacité autrement, et exige une prise de hauteur pour apprécier la pluralité des expériences. Elle implique une remise en question permanente des notions considérées comme acquises et constitue un moyen de se confronter à la diversité du droit. Cette diversité, qui attire le comparatiste et l'encourage à partir à la découverte, lui impose également la responsabilité de savoir l'exploiter, et ce, en la mettant au service d'une amélioration du droit. Celle-ci doit intéresser l'ensemble des droits étudiés. Le droit comparé en général, et le droit international privé comparé en particulier, doivent s'inscrire dans cette logique d'utilité réciproque.

En effet, ce travail défend l'utilité générale du droit international privé comparé qui offre, pour chacun des droits étudiés, à la fois un moyen d'ouverture sur l'extérieur et un temps d'introspection. Nous espérons que la résolution de ce qui peut apparaître

comme un paradoxe est illustrée par notre étude. En ce sens, même si la comparaison fait émerger un décalage important, et même si un droit apparaît comme un exemple à suivre, cela ne signifie aucunement que le travail de comparaison n'intéresse finalement qu'un seul des deux droits étudiés. En outre, une telle dynamique comporte un risque, celui qui réside dans la tentation d'enjoliver la situation du droit présenté comme un modèle pour un autre. Cependant, il est désamorcé dès lors que la comparaison est entreprise de manière objective. L'analyse de l'instrument d'efficacité en droit colombien et en droit français le démontre. Si nous assumons le choix de présenter l'instrument français comme un exemple à suivre pour l'instrument colombien, le travail de comparaison mené a également permis de mettre en lumière toute l'importance dudit instrument dans les deux droits et de rappeler les dangers qui guettent le système français confronté à un mouvement de libéralisation toujours plus important. Il a enfin confirmé combien la simplification et la modernisation de la reconnaissance et de l'exécution des jugements étrangers ne conduisent pas inmanquablement vers la suppression de cet instrument d'efficacité, mais bien au contraire, qu'il se révèle un élément fondamental dans ce processus.

Changement de paradigme dans l'innovation pharmaceutique et la distribution officinale. Analyse comparative des droits français, allemand et suisse*

Mme Lara Cramer,

Docteur en Droit de l'Université Paris 2 Panthéon-Assas ; lauréate Prix scientifique l'Harmattan 2021 (publication prévue pour 2021) ; mention de thèse de l'Université Paris 2 Panthéon-Assas

De nombreuses maladies tant rares que largement répandues, dont celles chroniques liées au vieillissement de la population, ne peuvent pas être prévenues ou traitées efficacement. La recherche, le développement et l'innovation pharmaceutique (ci-après « RDI ») restent dès lors d'importance indéniable pour garantir aux patients à moyen et long terme l'approvisionnement en médicaments innovants et l'amélioration de la qualité des traitements.

Or, si la crise sanitaire liée à la pandémie Covid-19 illustre ce premier volet de l'intérêt du sujet dans un contexte d'urgence, les changements disruptifs affectant l'innovation pharmaceutique et la distribution officinale de médicaments innovants, tels que présentés par l'introduction générale à l'étude, en forment un second. Multiniveaux, ces changements s'expriment sous différents volets, scientifique et technique (1), réglementaire (2) et stratégique (3).

1. Scientifique et technique

L'évolution en faveur des biotechnologies et de la médecine personnalisée complexifie le processus scientifique et technique principalement au niveau de la continuelle spécialisation des savoirs et de la gestion et logistique de données.

Le recours à de savoirs spécialisés internes et externes devient une exigence du fait de l'éloignement d'une approche purement chimique et de la complexité des produits développés¹. Si pendant de longues années la logique sous-jacente au processus de recherche et développement (ci-après « R&D ») fut celle d'une conception linéaire classique du traitement médical, qui consiste en l'application d'un traitement après identification de la cible chez le patient², la plupart des médicaments innovants désormais développés nécessitent une connaissance plus étendue des pathologies et l'utilisation de nouveaux outils. S'ensuit une fragmentation croissante du processus non limitée à l'externalisation de certaines tâches dans un objectif de gain d'efficacité, alors qu'une variété de questionnements éthiques et juridiques sont soulevés par les recherches sur les cellules souches, autorisées et strictement réglementées depuis la Loi de bioéthique de 2013³ en France, et particulièrement prometteuses pour une meilleure compréhension des pathologies et le développement de nouveaux traitements pour les maladies importantes à notre temps, dont celles dégénératives.

* Thèse rédigée sous la direction de Monsieur le Professeur Jean-Christophe Galloux et soutenue le 17.09.2020 à l'Université Paris 2 Panthéon-Assas. Autres membres du jury de thèse : Madame la Professeure Emmanuelle Claudel (Université Paris 2 Panthéon-Assas), Monsieur le Professeur Antoine Leca (Aix-Marseille Université), Monsieur le Professeur Jacques De Werra (Université de Genève), Madame Marie-Christine Belleville (Académie nationale de Pharmacie).

¹ CHIARONI Davide, CHIESA Vittorio et FRATTINI Federico, « Investigating the adoption of open innovation in the biopharmaceutical industry. A framework and an empirical analysis », *European Journal of Innovation Management*, 2009, vol. 12, n°3, p. 285 et s. (v. notamment p. 286).

² ARMAND Jean-Pierre et BIOT Jacques, « La médecine personnalisée » in PROUX Vanessa (dir.), *Biotechnologies. Les promesses du vivant*, FYP éditions, coll. Innovation, 2015, pp. 116 et 123.

³ Loi n°2013-715 du 6 août 2013 tendant à modifier la loi n°2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique en autorisant sous certaines conditions la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires, JORF n°0182 du 7 août 2013 p. 13449.

Ce gain de complexité s'étend, en outre, des premières phases de R&D aux essais précliniques et cliniques et se traduit par un réajustement des processus et méthodes établis.

La particularité des médicaments développés conduit non uniquement à une plus grande implication des patients dans le processus⁴, mais introduit également un nouvel antagonisme entre, d'une part, l'ampleur des données nécessaires aux fins de R&D et les exigences de gestion et logistique de données découlant notamment de l'irruption du Big Data en innovation pharmaceutique, et, d'autre part, la rigoureuse sélection des participants aux essais sur la base de leurs caractéristiques génétiques. Les difficultés pour les entreprises du secteur résident à cet égard non uniquement dans l'adaptation aux changements intervenus dans la sphère technique et scientifique, mais dans une compatibilité uniquement partielle de ces derniers avec les exigences réglementaires liées à la commercialisation du produit, qui trouve une illustration dans la problématique liée à la détermination de la pureté de certains produits biotechnologiques⁵.

L'objectif affiché par la directive n°2010/63/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 septembre 2010⁶ d'une réduction continue du rôle joué par les essais sur animaux, ajoute finalement à la complexification technique du processus en raison de son nécessaire réajustement et du développement de méthodes non animales. Les exigences auxquelles sont confrontées les entreprises du secteur du fait du changement du *status quo* représentent un coût, soit direct soit indirect, le constat s'étendant au volet réglementaire.

2. Réglementaire

Dans les pays soumis à l'étude, l'encadrement des activités des entreprises pharmaceutiques n'est pas chose nouvelle et trouve sa traduction tant au niveau de l'ampleur, de la robustesse et de la fiabilité des données réunies dans un dossier de demande d'autorisation de mise sur le marché (ci-après « AMM »), qu'au niveau des exigences de transparence et de traitement des données. Il n'en reste pas moins que des changements réglementaires récents introduisent des exigences nouvelles qui sont susceptibles de se répercuter sur les activités de R&D des entreprises du secteur.

Les scandales sanitaires des années passées participent à la « sensibilité » des autorités compétentes aux risques sériels⁷ présentés par les médicaments, en particulier en raison des incertitudes attachées aux effets concrets du médicament dans l'usage médical quotidien. L'évaluation du rapport bénéfice-risque, pierre angulaire de la procédure d'AMM, s'en voit affectée, et justifie l'ampleur, la robustesse et la fiabilité des données, notamment précliniques et cliniques, réunies dans un dossier de demande d'AMM⁸.

⁴ Pour le floutage des limites entre recherche et soin, v.: BEVIÈRE-BOYER Bénédicte, « Médecine personnalisée: de la délimitation entre le soin et la recherche » in HERVÉ Christian et STANTON-JEAN Michèle, *Les nouveaux paradigmes de la médecine personnalisée ou médecine de précision. Enjeux juridiques, médicaux et éthiques*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes & commentaires : éthique biomédicale et normes juridiques, 2014, notamment pp. 133-136.

⁵ REVAH Frédéric, « La thérapie génique » in PROUX Vanessa (dir.), *Biotechnologies. Les promesses du vivant*, FYP éditions, coll. Innovation, 2015, p. 148: l'auteur se réfère aux produits de thérapie génique.

⁶ Directive n°2010/63/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 septembre 2010 relative à la protection des animaux utilisés à des fins scientifiques, JO L 276 du 20.10.2010, p. 33-79.

⁷ V. notamment : CRISTOL Danièle, « La responsabilité des autorités nationale et communautaire relative au contrôle de la mise sur le marché des médicaments », *RDSS*, 2004, p. 123 et s.

⁸ En effet, uniquement en procédant à une évaluation la plus complète et objective du médicament, les autorités nationales et européenne peuvent satisfaire à leur obligation de protection de la santé publique (v.

Une multitude de textes nationaux et supranationaux (contraignants ou non contraignants) établissent, par ailleurs, des principes qui restent encore aujourd'hui au cœur de la réglementation des essais cliniques, dont le Code de Nuremberg (1947), la Déclaration d'Helsinki (1964), les Bonnes pratiques cliniques du Conseil international d'harmonisation des exigences techniques pour l'enregistrement de médicaments à usage humain (ICH-GCP de 1996), ou encore la Convention d'Oviedo (1997). Le règlement (UE) n°536/2014 relatif aux essais cliniques de médicaments à usage humain s'y adjoint, la « nouvelleté » résidant avant tout dans l'élargissement considérable des obligations de publication nationales⁹, alors que l'argument du secret commercial et industriel pour obtenir une exclusion ou publication différée des données est, en pratique, d'effet restreint¹⁰.

Finalement, le règlement (UE) n°2016/679 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement de données à caractère personnel, entré en vigueur le 25 mai 2018 (ci-après « RGPD »), s'applique aux entreprises du secteur pharmaceutique puisque des données personnelles sensibles sont collectées durant les essais, enregistrées et utilisées, alors que se juxtaposent des exigences nouvelles, notamment en termes de pénalités (article 83 du Règlement), et des incertitudes d'interprétation relatives aux dispositions du RGPD et aux lois de transposition nationales.

Les exigences de volume et de format de données, tout autant que les obligations de publication, celles liées au RGPD et d'éventuelles incertitudes d'interprétation présentent un coût direct ou indirect pour les entreprises. L'effet est particulièrement sensible pour les petites et moyennes entreprises (ci-après « PME ») européennes et suisses, qui de surcroît ne peuvent pas toujours bénéficier de l'appui d'un département juridique. En effet, tant le règlement (UE) n°536/2014¹¹ que le RGPD¹² déploient leurs effets à l'égard d'états tiers, respectivement lorsque les sites d'essais suisses sont en lien avec des essais réalisés dans l'Union européenne (ci-après « UE ») ou des essais réalisés en Suisse sont mentionnés dans une demande d'AMM européenne, et lorsque les essais réalisés par des chercheurs suisses concernent des citoyens européens, l'appel à participer à un essai s'adresse également à ces derniers ou lorsque les données de santé sont échangées au niveau international¹³.

3. Stratégique

La concurrence nationale et internationale est constamment croissante dans le secteur pharmaceutique, alors que le cycle de vie des produits pharmaceutiques se raccourcit, en particulier sous l'effet des politiques publiques nationales tournées vers la réduction des dépenses de santé. Dans ce contexte, les entreprises pharmaceutiques et biotechnologiques doivent faire preuve de réactivité et d'adaptabilité pour

à titre exemplatif: TABUTEAU Didier, « Sécurité sanitaire et droit de la santé », RDSS, 2007, p. 823 et s. (p. 826); pour l'ampleur du dossier de demande d'AMM v. notamment : A. GETZ Kenneth, « Assessing the Downstream Impact of Protocol Design Complexity », Touch Briefings, 2009, p. 93).

⁹ Considérant 67, article 37 § 4 et annexes IV et V du Règlement.

¹⁰ Ainsi, les données du rapport d'étude ne seront plus couvertes par le secret commercial une fois que l'AMM est accordée (considérant 68 du Règlement). Les résultats des essais ne sont quant à eux pas considérés confidentiels pour des motifs d'intérêt public général.

¹¹ L'article 1er a) et c) du Règlement d'exécution (UE) n°2017/556 de la Commission du 24 mars 2017 sur les modalités des procédures d'inspection relatives aux bonnes pratiques cliniques conformément au règlement (UE) n°536/2014 du Parlement et du Conseil.

¹² V. article 3 § 2, a) et b) du RGPD et article 3 § 1 et considérant 22 du RGPD.

¹³ V. notamment : Rapport de l'OFSP, Loi relative à la recherche sur l'être humain (LRH) : résultats de l'évaluation et suite de la procédure, 2019, p. 21.

contrebalancer les répercussions d'un processus de R&D long, coûteux et à rentabilité décroissante.

La rentabilisation de leur effort financier en R&D dépend concomitamment de l'appréciation des risques et avantages potentiels et avérés d'un projet de recherche avant son lancement et en cours de projet, et sur une commercialisation efficace et efficiente au niveau européen, voire mondial. La complexité stratégique réside à cet égard principalement au niveau du facteur d'incertitude et temporel.

Ainsi, tout abandon ou « transfert » de projet, tel que dans le cadre de l'*out-licensing*, peut potentiellement se répercuter sur la compétitivité de l'entreprise de manière endogène, notamment en raison d'un manque de confiance des chercheurs dans la politique d'investissement de l'entreprise, ou exogène, du fait des répercussions sur sa position concurrentielle et le cas échéant l'émergence d'un nouveau concurrent sur le marché¹⁴. Or, l'appréciation des risques et avantages d'un projet semble aujourd'hui englober un facteur supplémentaire d'incertitude qu'est l'acceptation sociétale de l'innovation dans le contexte d'une société simultanément caractérisée par un consumérisme important en matière de médicaments et des attentes élevées en termes de qualité et sécurité des produits¹⁵.

Les entreprises du secteur doivent en outre s'assurer de l'efficacité et de l'efficience de la commercialisation. Aux côtés de stratégies de coopération, dont le co-marketing et la co-promotion, la publicité et l'information sur les produits restent un levier majeur. La nécessité de réactivité et d'adaptabilité des entreprises découle ici de l'opposition entre une réglementation stricte du contenu du message publicitaire et des incertitudes juridiques attachées à certaines formes de coopération entre entreprises et professionnels de santé, d'une part, et un nécessaire réajustement dû à une accessibilité décroissante des destinataires et une prise d'importance du facteur temps, en particulier pour ce qui est des activités préparatoires pré-AMM, d'autre part.

Les effets, s'ils sont sensibles pour les PME, ne s'y limitent point et s'étendent aux grandes entreprises et groupes pharmaceutiques, qui bien souvent ont tendance à favoriser en conséquence une politique court-termiste tournée vers la prévisibilité, c'est-à-dire à réduire leurs investissements en R&D en dessous du niveau optimal pour la société¹⁶.

Au vu du contexte ainsi dressé et de ses conséquences sur le coût, la durée et les incertitudes attachés au processus, l'étude se propose d'analyser un facteur supplémentaire, extérieur aux entreprises et susceptible de favoriser l'effort en RDI sur le long terme que sont les incitations à la RDI, alors que la pertinence de la comparaison des systèmes d'incitation français, allemand et suisse découle à la fois d'un degré d'innovation et d'investissement des entreprises variables entre les pays soumis à l'étude et d'un cadre général et juridique comparable de par l'insertion du médicament innovant dans le contexte européen et celui de la relation particulière liant la Suisse et l'Union.

¹⁴ Pour une mise en perspective, v. notamment: REEPMeyer Gerrit, *Risk-sharing in the Pharmaceutical Industry. The case of Out-licensing*, Heidelberg : Physica-Verlag, coll. Contributions to management science, 2006, p. 75 et s.

¹⁵ V. à titre exemplatif : DAHAN Robert, « L'art de l'innovation » in LE SOURD Pierre (dir.), *La société du médicament ?*, Paris, Le cherche midi, coll. Documents, 2006, p. 80.

¹⁶ V. FRIEDEL Jacques, « Quelles politiques de recherche? Modes de financement et acteurs. Une politique de la recherche en crise? Le cas de la France », *Revue internationale et stratégique*, 2004, vol. 55, n°3, p. 61 et s. (notamment p. 63).

Or, un tel système d'incitation devra être approprié, efficace et efficient, ce qui exige d'asseoir la correspondance entre le changement de paradigme le long de la chaîne de valeur du médicament innovant et les structures réglementaires nationales d'incitation (II).

Puisqu'une analyse et réponse à la question seraient vaines sans une connaissance approfondie des structures réglementaires nationales d'incitation, la première partie de l'étude procède à une comparaison détaillée des choix nationaux intégrés dans la superstructure européenne (I), alors que sont distinguées les aides directes (aides favorisant certains secteurs, institutions ou projets), les aides indirectes de type entrepreneurio-structurelles (aides visant à soutenir un certain type d'entreprises prometteuses pour renforcer le potentiel d'innovation national) et les aides indirectes de type économique-structurelles (aides promouvant les activités de RDI de manière générale afin de bénéficier des répercussions long-terme positives sur la structure de l'économie et la compétitivité nationale).

I. Les structures réglementaires nationales et européenne des incitations à la RDI

Le changement de paradigme dans l'innovation pharmaceutique et la distribution officinale analysé dans l'introduction générale à l'étude, et dont les principaux traits ont été retracés ci-dessus, se concrétise par une multitude d'exigences affectant directement ou indirectement le coût du processus, sa durée, les incertitudes qui y sont attachées, ainsi que la nécessité de réactivité et d'adaptabilité des entreprises.

L'efficacité et l'efficience du réajustement, tout autant que le niveau des investissements en RDI diffèrent entre entreprises nationales et lorsque sont comparées les entreprises françaises, allemandes et suisses. Or, ces divergences en termes de degré d'innovation et d'investissement en RDI ne sont pas l'unique résultat d'un processus de sélection des entreprises et des projets les plus performants. Un système d'incitation à la RDI approprié et opportun, c'est-à-dire ajusté aux besoins spécifiques des entreprises du secteur, pourrait dès lors se révéler un levier adéquat pour amoindrir voire compenser les répercussions d'un sous-investissement en RDI sur la compétitivité nationale et sur l'amélioration de la qualité des traitements.

Une évaluation de la correspondance entre incitations mises en place au niveau national et changement de paradigme le long de la chaîne de valeur du médicament innovant ne saurait à cet égard reposer que sur une analyse détaillée des aides à la RDI nationales. Cette analyse constitue l'élément central de la première partie de l'étude (B).

Or, tant le médicament que le processus d'innovation pharmaceutique lui-même sont insérés dans un contexte transnational par la nécessité de rentabilisation de l'effort financier en RDI, une réglementation européenne applicable au médicament et à son processus de R&D, ainsi que par la continuelle fragmentation du processus de RDI dans un objectif de gain d'efficience et de recours à de savoirs spécialisés.

Pour les incitations à la RDI nationales, la superstructure européenne se matérialise principalement par le droit des aides d'État, la libre circulation des services et la liberté d'établissement, dont les contours varient dans la relation liant l'Union européenne et la Suisse. Elle constitue corrélativement un élément explicatif de certaines divergences nationales et un facteur limitatif de la marge de manœuvre des États en matière d'incitation à la RDI. En effet, si l'analyse juridique comparative porte sur les mesures incitatives nationales, la superstructure européenne, ses caractéristiques particulières

dans la relation UE-Suisse et ses répercussions sur les aides à la RDI, justifient son examen succinct dans un chapitre préliminaire (A).

A. *La superstructure européenne*

La libre circulation des services et la liberté d'établissement constituent de véritables « facteurs économiques » et d'optimisation face à un processus de RDI fragmenté, internationalisé, voire mondialisé, et à complexité croissante. Parallèlement, elles encadrent la marge de manœuvre des états membres dans la conception des aides à la RDI.

En effet, tel que relevé dans l'introduction générale à l'étude le processus de RDI est de plus en plus fragmenté. L'outsourcing dans un objectif de gain d'efficacité prend de l'importance et constitue l'un des moyens à la disposition des entreprises pour tenter de contrebalancer l'effet du changement de paradigme sur le coût et la durée du processus. L'intérêt est à cet égard sensible à l'étape particulièrement onéreuse des essais cliniques. Des coopérations stratégiques ou ponctuelles sont susceptibles de s'établir entre entreprises pharmaceutiques et sociétés de recherche contractuelle (ci-après « CRO ») et ce par-delà le territoire national. Cette considération s'étend aux autres formes de coopération nécessaires afin de garantir l'accès à des savoirs spécialisés.

Certes, les libertés d'établissement et de circulation des services bénéficient principalement aux citoyens de l'UE mais s'appliquent également aux entreprises exerçant une activité économique¹⁷. Dès lors, les entreprises du secteur ne pourraient se voir opposer des restrictions explicites ou implicites à ces libertés fondamentales de nature à amoindrir l'attractivité potentielle ou effective de leur exercice.

Si l'Accord sur la libre circulation des personnes conclu entre la Suisse et l'UE introduit un cadre similaire, l'effet sur les activités des entreprises est plus restreint, en particulier puisque les dispositions relatives à la liberté d'établissement ne s'étendent pas aux entreprises (articles 1 et s. de l'annexe I de l'Accord). L'*outsourcing* de certaines tâches le long du processus de RDI en devient ainsi plus aisée¹⁸, alors que le constat est mitigé pour d'autres décisions stratégiques, dont la localisation de sites de recherche.

Le droit des aides d'État constitue quant à lui principalement un « facteur d'incertitude » qui se matérialise pour les pays membres de l'UE par un risque de remise en cause des systèmes d'aides et subséquemment de remboursement des aides allouées, susceptible de réduire l'efficacité du système d'aides mis en place.

En effet, les incitations à la RDI, la plupart sélectives en fonction du secteur, de la taille de l'entreprise ou de la date de sa création, peuvent être qualifiées d'aides d'État, dès lors que les autres conditions cumulatives de l'article 107, § 1 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après « TFUE ») sont réunies.

Si l'étude relève notamment un certain nombre d'exceptions de compatibilité pertinentes, dont celles de l'article 107, § 3 points b et c du TFUE et une faveur donnée

¹⁷ Elles sont, pour les besoins de l'application des dispositions pertinentes, assimilées à des ressortissants d'états membres (article 54, § 1 TFUE); V. également : CJCE 17 juin 1997 SodemaRec. Regione Lombardia, aff. C-70/95, Rec. 1997, p. I-03395, pt. 25 : l'arrêt faisant référence à CJCE, 6 novembre 1984, Fearon, aff. 182/83, pt. 8.

¹⁸ V. à titre exemplatif : MACH Olivier, « L'Accord sur la libre circulation des personnes dans l'optique des praticiens » in FELDER Daniel et KADDOUS Christine (dir.), *Accords bilatéraux Suisse – UE: (commentaires)*, Bâle, Genève : Helbing & Lichtenhahn, Bruxelles : Bruylant, coll. Dossier de droit européen, 2001, p. 324.

aux activités de RDI du fait des retombées positives attendues de l'élargissement des connaissances scientifiques et technologiques en termes de compétitivité de l'Union, de croissance économique et d'emplois¹⁹, des incertitudes subsistent tout autant. Ces dernières se traduisent principalement par l'éventuelle infiabilité des indices relatifs à la conformité d'une mesure envisagée, les effets d'une absence de notification de la mesure, opportunité ouverte par le règlement (UE) n°651/2014, sur la confiance des bénéficiaires dans l'aide accordée et les conséquences d'une remise en cause des aides sur la crédibilité des mesures incitatives à la RDI²⁰.

Pour la Suisse, l'étude relève une application uniquement très limitative du droit des aides d'État dans le cadre des accords sur le libre-échange et sur le transport aérien²¹. Une application plus générale n'est toutefois pas exclue, la question ayant récemment resurgi à l'occasion des négociations sur l'Accord institutionnel, dont l'objectif fut une organisation plus efficiente et une consolidation des rapports entre l'UE et la Suisse. Le Conseil fédéral a toutefois décidé le 26 mai 2021 de ne pas signer l'accord institutionnel négocié²². Nonobstant, la possibilité d'une application plus générale du droit des aides d'État à la Suisse est et reste un facteur d'incertitude (potentiel) en termes de planification pour les entreprises du fait de l'éventuelle remise en cause de mesures incitatives cantonales. Or, si la marge de manœuvre des états soumis à l'étude est ainsi encadrée, voire limitée, les choix opérés au niveau national divergent sensiblement.

B. *Les choix nationaux en matière de promotion de la RDI*

L'analyse des incitations à la RDI mises en place en France, Allemagne et Suisse (2) laisse transparaître en arrière-plan les différences en termes de structure étatique, respectivement unitaire ou fédérale, et de répartition des compétences en résultant (1).

1. **La répartition des compétences en matière d'incitation à la RDI**

Pour l'Allemagne, l'étude relève une clarification uniquement progressive des compétences respectives du *Bund* et des *Länder* à l'issue de la Seconde Guerre mondiale, ce notamment en raison de la méfiance des alliés d'un rôle prépondérant de la Fédération dans une matière d'importance pour la compétitivité nationale et le domaine militaire²³. Le *Bund* peut désormais se fonder sur sa compétence législative concurrente en matière de promotion de la recherche scientifique et de droit économique (article 74 al. 1, n°13 et 11 de la Loi fondamentale (ci-après « LF »), lorsque et pour autant que l'intervention du Bund est nécessaire à l'établissement de conditions de vie équivalentes sur le territoire national ou à la sauvegarde de l'unité économique et juridique dans l'intérêt général de l'État (article 72 al. 2 LF). Le *Bund* a, en outre, compétence législative

¹⁹ L'Encadrement communautaire 2014/C 198/01 est ainsi une tentative de rééquilibrage des effets positifs et négatifs attendus des activités de RDI, développant les conditions auxquelles une mesure appréciée sur la base de l'article 107, § 3, point c) du TFUE peut être déclarée compatible avec le marché intérieur.

²⁰ V. à titre exemplatif : Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, *Handbuch über staatliche Beihilfen. Handreichung für die Praxis vom BMWi-EA6*, 2016, p. 18.

²¹ Article 23 de l'Accord sur le libre-échange ; Article 13 et 14 de l'Accord sur le transport aérien.

²² DFAE, Communiqué de presse. Pas de conclusion de l'accord institutionnel Suisse-UE, 26.5.2021, consultable sur : <https://www.dfae.admin.ch/eda/fr/dfae/dfae/aktuell/news.html/content/eda/de/meta/news/2021/5/26/83705.html>.

²³ V. notamment sur ce point: ROßMAYER Martha, *Das deutsche Forschungssystem und die Forschungsförderung der EU - kompatibel oder auf lange Sicht problematisch ?*, Würzburg : Ergon Verlag, coll. Spektrum Politikwissenschaft, 2002, pp. 72, 73.

concurrente en matière d'impôt sur le revenu, d'impôt sur les sociétés et d'impôt sur le chiffre d'affaires (v. l'article 105 al. 1 et 2 LF).

À cela s'ajoute une compétence administrative par la nature des choses qui se fonderait sur le lien étroit entre la promotion de la RDI et l'intérêt global de l'État²⁴. Bien que la doctrine allemande n'est pas unanime sur la reconnaissance de compétences administratives non écrites, il s'agit du fondement choisi en pratique par la Fédération pour intervenir en matière d'incitation à la RDI. L'étude développe à cet égard notamment l'exemple de l'octroi de subventions. Ainsi, selon l'opinion majoritaire, les §§ 23 et 44 du Règlement financier fédéral (*Bundeshaushaltsordnung*) constitueraient une habilitation générale de la Fédération et des Länder pour l'octroi de subventions dans le cadre de l'exercice de leurs compétences et missions constitutionnelles²⁵. Or, l'exercice des compétences administratives respectives du *Bund* et des *Länder* se voit encadré par deux principes fondamentaux que sont celui du respect mutuel inhérent à tout état fédéral (*Gebot gegenseitiger bundesstaatlicher Rücksichtnahme*)²⁶ et celui de la cohérence de l'ordre juridique (*Gebot der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung*)²⁷ et pourrait, selon certains, être limité par le principe de subsidiarité²⁸.

La question de la répartition des compétences se pose similairement pour la Suisse en raison de sa structure fédérale. Ainsi, tout comme pour l'Allemagne avec le principe d'état fédéral (*Bundesstaatsprinzip*) inscrit aux articles 20 et 30 LF, les cantons sont en principe souverains pour autant que leur souveraineté n'est pas limitée par la Constitution de la Confédération suisse (article 3 de la Constitution (ci-après « Cst. »), alors que la Confédération n'accomplit des tâches uniquement si la compétence lui a été explicitement attribuée. Tel en va-t-il en matière de promotion de la RDI. L'article 64 Cst. attribue, en effet, à la Confédération une compétence globale et parallèle en matière d'encouragement de la recherche scientifique et de l'innovation²⁹. Les activités de RDI réalisées par les entreprises économiques ne sont toutefois concernées que subsidiairement³⁰. L'article 94 al. 3 Cst. impose toutefois à la Fédération et aux cantons d'établir un environnement favorable au secteur de l'économie privée dans les limites de leurs compétences respectives, ce qui recouvre vraisemblablement les aides bénéficiant aux entreprises économiques, dont celles à l'innovation.

Or, comme pour l'Allemagne, l'exercice de leurs compétences respectives doit répondre à l'obligation d'entraide et de coopération dans l'accomplissement de leurs tâches

²⁴ V. notamment: PILNIOK Arne, *Governance im europäischen Forschungsförderverbund: eine rechtswissenschaftliche Analyse der Forschungspolitik und Forschungsförderung im Mehrebenensystem*, Tübingen : Mohr Siebeck, coll. Jus internationale et Europaeum, 2011, pp. 99, 100.

²⁵ V. sur ce point : ROSSI Matthias in GRÖPL Christoph (dir.), *Bundeshaushaltsordnung, Landeshaushaltsordnungen : Staatliches Haushaltsrecht : Kommentar*, München : Verlag C. H. Beck, 2e édition, 2019, § 44, pp. 445, 446.

²⁶ V. notamment : BVerfG, 24 janvier 2001 – 2 BvE 1/100, § 31.

²⁷ V. notamment : BVerfG, 7 mai 1998 – 2 BvR 1991/95, 2 BvR 2004/95, § 62

²⁸ V. en ce sens : RODI Michael, *Die Subventionsrechtsordnung. Die Subvention als Instrument der öffentlichen Zweckverwirklichung nach Völkerrecht, Europarecht und deutschem innerstaatlichen Recht*, Tübingen : Mohr Siebeck, 2000, p. 317.

²⁹ Conseil fédéral, Message relatif à la nouvelle Constitution fédérale du 20.11.1996, FF 1997, I, p. 1 (voir p. 284).

³⁰ Conseil fédéral, Message relatif à la nouvelle Constitution fédérale du 20.11.1996, FF 1997, I, p. 1 (voir p. 285).

(article 44 Cst.), qui se présente comme un élément des principes de fidélité confédérale et de comportement dans un état confédéral (*Bundestreue und bundesstaatliches Verhalten*)³¹.

Les cantons sont finalement en principe compétents en matière fiscale et peuvent, dès lors, organiser leur système fiscal cantonal, alors que les compétences de la Confédération en matière fiscale sont strictement limitées (v. les articles 133 et 134 Cst.).

En France, l'attribution des compétences est intégrée dans le contexte d'un état unitaire. L'étude caractérise ainsi les ministères d'importance pour la promotion de la RDI, que sont le ministre de l'Enseignement, de la Recherche et de l'Innovation, qui propose avec d'autres ministres et met en œuvre la politique en matière de recherche et de technologie et définit la politique en matière d'innovation³², et le ministre de l'Économie et des Finances, qui définit les mesures visant à encourager la croissance économique, la compétitivité et la création d'entreprises³³. Les ministres s'appuient pour l'exercice de leurs attributions sur les directions générales. Sont à mentionner en particulier la direction générale de la recherche et de l'innovation et la direction générale des entreprises. S'ajoutent à cela des instances consultatives, dont le Conseil général de l'Économie, de l'Industrie, de l'Énergie et des technologies, le Conseil stratégique de la recherche (ci-après « CSR ») ou encore le Commissariat général à la stratégie et à la prospective, dit « France Stratégie » (ci-après « CGSP »). Les deux derniers sont respectivement placés et institués auprès du Premier ministre et proposent les grandes orientations de la stratégie de recherche nationale³⁴ et les grandes orientations de l'avenir de la nation, de son développement économique, social, culturel et environnemental³⁵.

Toutefois, et bien que les compétences de l'État en matière d'incitation à la RDI soient particulièrement étendues, les collectivités territoriales n'en sont pas totalement dépourvues. Ainsi, la loi dite NOTRe du 7 août 2015³⁶ a transféré la majorité des compétences pertinentes à la région, qui est désormais seule responsable de la définition des orientations en matière économique sur son territoire (article L. 4251-12 du Code général des collectivités territoriales (ci-après « CGCT »), et a pour mission, notamment, de promouvoir le développement économique dans le respect des attributions des autres collectivités territoriales et, le cas échéant, en coopération avec l'État ou les autres collectivités (article L. 4211-1 du CGCT). Dans le but de satisfaire l'intérêt régional, le conseil régional a dès lors compétence pour promouvoir le développement économique et scientifique (article L. 4221-1 al. 1 CGCT).

Replacées dans ce contexte, les incitations à la RDI nationales varient sensiblement en termes de forme et de multiplicité entre les pays soumis à l'étude. Leur examen détaillé

³¹ V. en ce sens notamment : FLEINER Thomas, FORSTER Peter, MISIC Alexander et THALMANN Urs, *Die neue schweizerische Bundesverfassung : Föderalismus, Grundrechte, Wirtschaftsrecht und Staatsstruktur*, Basel, Genf, München : Helbing & Lichtenhahn, coll. Publications de l'Institut du Fédéralisme Fribourg (Suisse), 2000, pp. 214, 215.

³² Article 1 al. 2 et 4 du Décret n°2017-1083 du 24 mai 2017 relatif aux attributions du ministre de l'enseignement supérieur de la recherche et de l'innovation, JORF n°0123 du 25 mai 2017.

³³ Article 1, I., du Décret n°2017-1078 du 24 mai 2017 relatif aux attributions du ministre de l'économie et des finances, JORF n°0123 du 25 mai 2017.

³⁴ Article L. 120-1 al. 2 du Code de la recherche.

³⁵ Article 1 du Décret n°2013-333 du 22 avril 2013 portant création du Commissariat général à la stratégie et à la prospective, JORF n°0095 du 23 avril 2013, p.7074.

³⁶ Loi n°2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République, JORF n°0182 du 8 août 2015, p. 13705.

forme l'objet des chapitres suivants et, dans un souci de complétude, est étayé en annexe par divers tableaux récapitulatifs, recensant en particulier les divergences entre mesures cantonales suisses et les aides institués au niveau fédéral et fédéré en Allemagne.

2. Les incitations à la RDI en France, Allemagne et Suisse

L'analyse relève pour l'Allemagne et la Suisse un nombre relativement restreint d'incitations directes au bénéfice des entreprises du secteur, par ailleurs avant tout dirigées vers les projets innovants coopératifs. Innosuisse, l'agence de la Confédération suisse pour l'encouragement de l'innovation, soutient ainsi les projets coopératifs entre industrie et partenaires de recherche, en particulier dans le domaine des biotechnologies et pharmaceutique³⁷.

En effet, si la promotion de la recherche en matière de santé s'inscrit dans une longue tradition en Allemagne, le programme-cadre du gouvernement fédéral relatif à la recherche en matière de santé (*Gesundheitsforschung : Forschung für den Mensch*) en étant un exemple concret³⁸, tant l'Allemagne que la Suisse sont relativement réticentes à soutenir la recherche et l'innovation privée voire craignent une « prolifération de programmes de financement publics »³⁹. Ainsi, l'une des directives les plus pertinentes pour les besoins de l'étude, qu'est celle du ministère fédéral pour l'éducation et la recherche allemand sur le financement d'études cliniques de grande importance pour l'Homme de février 2018, ne présente qu'un intérêt limité pour les entreprises économiques, puisque sont exclues du bénéfice de cette aide les études réalisées dans un objectif commercial⁴⁰. Le pendant suisse à cet égard se trouve au niveau du programme du Fonds national suisse de recherche scientifique portant sur les essais cliniques, exclusivement limité aux *investigator initiated clinical trials*⁴¹.

Outre une focalisation des mesures sur les projets innovants coopératifs, les incitations allemandes sont également orientées vers des secteurs déterminés, dont celui pharmaceutique et biotechnologique. L'étude développe à cet égard notamment l'exemple du programme de soutien au renforcement de l'économie de la santé du Land Hambourg⁴².

Les aides indirectes sont avant tout de nature entrepreneurio-structurelles, et ce malgré les changements induits par le projet fiscal 17 et la loi sur les primes fiscales pour la recherche (*Forschungszulagengesetz, FZulG*), respectivement en Suisse et en Allemagne.

L'étude relève un nombre relativement important d'aides indirectes de nature entrepreneurio-structurelles au niveau fédéral et fédéré en Allemagne et développe parmi d'autres l'exemple du *INVEST-Zuschuss für Wagniskapital* de l'Office fédéral de l'économie et des exportations qui vise à soutenir l'accès au capital de jeunes entreprises innovantes, particulièrement pertinent comme le relève l'étude, puisque les entreprises

³⁷<https://www.innosuisse.ch/inno/fr/home/start-your-innovation-project/innovationsprojekte/conditions-et-candidature.html> (consulté dernièrement le 25.07.2019).

³⁸ V. parmi d'autres : WILDEN, Anke, *op.cit.*, p. 109.

³⁹ OECD Reviews of Innovation Policy : Switzerland, 2006, p. 110.

⁴⁰ <https://www.bmbf.de/foerderungen/bekanntmachung-1294.html> (consulté dernièrement le 20.03.2018).

⁴¹

<http://www.snf.ch/fr/encouragement/programmes/iict/Pages/default.aspx#Conditions%20de%20participation> (consulté dernièrement le 28.09.2021).

⁴²

<https://www.hamburg.de/contentblob/5982102/7b6729686d0ff8c5d5674ad317955b19/data/foerderric-htlinie-foerderprogramm-gw.pdf> (consulté dernièrement le 29.10.2018).

du secteur peuvent être confrontées à des difficultés considérables du fait des incertitudes attachées au processus de RDI. Un constat comparable est fait pour la Suisse. Ainsi, il existe une variété d'instruments au niveau cantonal, dont le statut spécial de « nouvelle entreprise innovante » du canton de Jura, créé en 2013⁴³.

L'étude illustre, en outre, le manque d'incitations fiscales pertinentes en Allemagne, le *FZulG* adopté le 7 novembre 2019⁴⁴ se présentant à cet égard comme une évolution récente considérée par certains comme disruptive, et met en exergue un certain nombre de dispositions fiscales potentiellement désincitatives, au nombre desquelles est à mentionner une disposition « anti-patent box » (§ 4j de la Loi sur l'impôt sur le revenu ; v. aussi § 8, 1., lit. f de la Loi sur la taxe professionnelle) qui va bien au-delà des recommandations de l'OCDE et du G20⁴⁵.

L'analyse relève finalement que le nombre d'aides économique-structurelles, bien que limité en Suisse, n'est pas aussi restreint qu'en Allemagne. Ainsi, il existe des mesures pertinentes, dont les provisions en matière de R&D (article 63 al. 1, lit. d de la Loi fédérale sur l'impôt fédéral direct) qui sont particulièrement intéressantes pour les PME pharmaceutiques et biotechnologiques du fait de l'élément de prévisibilité⁴⁶. L'analyse des changements induits par le projet fiscal 17 (déduction supplémentaire des dépenses de R&D et disposition « patent box »), adopté par le Conseil des États et le Conseil national le 28 septembre 2018 et par voie référendaire le 19 mai 2019, complète la présentation.

La France, au contraire de l'Allemagne et de la Suisse, présente une panoplie d'incitations directes et indirectes. Ces dernières sont tant de nature entrepreneurio- qu'économico-structurelles et souvent fiscales.

L'étude relève ainsi, aux côtés des mesures emblématiques de la France dont le crédit d'impôt recherche, un certain nombre d'incitations parmi lesquelles peuvent être mentionnées en guise d'exemple l'intervention de BpiFrance en tant que fonds dirigé vers les domaines d'avenir (e. a. les sciences de la vie et les biotechnologies), le soutien apporté par BpiFrance aux projets d'innovation coopératifs, les avantages fiscaux liés au statut de « jeune entreprise innovante », le traitement préférentiel des produits de cession et concession de brevet, l'admission du principe d'amortissement du dossier scientifique et technique support d'AMM en cas d'acquisition par voie de fusion ou à titre onéreux depuis les arrêts du Conseil d'État du 14 octobre 2005⁴⁷ et le régime de faveur appliqué aux dépenses de R&D de l'article 236 du Code général des impôts.

S'ajoute à cela un constat avant tout commun à la France et à l'Allemagne qui tient à l'existence de mesures potentiellement désincitatives qui sont de nature à influencer les choix stratégiques de l'entreprise en raison de l'interdépendance entre investissements en RDI et possibilités de rentabilisation. La particularité de la France réside, tel que soulevé par l'étude, dans l'existence de mesures potentiellement désincitatives spécifiquement applicables aux entreprises pharmaceutiques à l'étape de la

⁴³ Article 37c al. 1 de la Loi fiscale du canton de Jura.

⁴⁴ Plenarprotokoll 19/124 du 7 novembre 2019, Tagesordnungspunkt 10, 15410 A.

⁴⁵ Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert des bénéfices. Exposé des actions 2015.

⁴⁶ V. parmi d'autres : OBRIST Thierry, « Switzerland » in J. DANON Robert et SHAY Stephen, *Tax incentives on Research and Development (R&D)*, The Hague : Sdu Uitgevers, Numéro spécial de Cahiers de droit fiscal international, vol.100a, 2015, p. 732.

⁴⁷ CE, 14 octobre 2005, n°260486, SCA Pfizer ; CE, 14 octobre 2005, n°260511 SA CHIESI.

commercialisation du produit. Il en va ainsi de la taxe sur la promotion, de la taxe sur les ventes directes et de la taxe sur le chiffre d'affaires, mais encore de la clause de sauvegarde des articles 138-10 et s. du Code de la sécurité sociale, qui a pour objectif de contrecarrer une hausse des dépenses de santé en matière de médicaments supérieure aux prévisions⁴⁸.

Les divergences nationales ainsi caractérisées font transparaître en arrière-plan une certaine typicité nationale ou paradigme national. Ce dernier constitue une variable non anodine pour l'évaluation de l'opportunité, de la suffisance et du caractère approprié des incitations face au changement de paradigme le long de la chaîne de valeur du médicament innovant, et la formulation d'éventuelles propositions concrètes d'amélioration. La seconde partie de l'étude tente dès lors de caractériser le paradigme national en matière d'incitation à la RDI pharmaceutique avant de le pondérer au dit changement de paradigme.

II. Un paradigme national en matière d'incitation à la RDI pondéré par les évolutions disruptives récentes

L'analyse approfondie des incitations à la RDI dans la première partie de l'étude a permis d'identifier certaines caractéristiques nationales générales, que les évolutions réglementaires récentes suisse et allemande n'ont pas remis en cause, bien que le *status quo* ait été modifié. Ces caractéristiques générales cumulées participent à une typicité nationale ou paradigme national dont le premier chapitre de la seconde partie tend de tracer les contours (A) et qui fournit un fondement conceptuel à la confrontation des aides au changement de paradigme le long de la chaîne de valeur du médicament innovant, aux propositions concrètes d'actions et à la réponse à la question subséquente de l'opportunité d'un éventuel transfert de mesures incitatives « étrangères » (B).

A. La caractérisation d'un paradigme national

Sur la base d'une analyse historico-économique (2), sociologique (3) et constitutionnelle (1), l'étude identifie des caractéristiques culturelles et idéologiques nationales particulières. Ces dernières forment le cadre et conditionnent les modalités d'intervention, ainsi que le choix des mesures incitatives.

1. Analyse constitutionnelle

Partant d'un exposé des divergences d'interprétation de la liberté de recherche et des sciences entre la France, l'Allemagne, et la Suisse, l'analyse constitutionnelle tente d'identifier les raisons d'être en les insérant dans l'histoire, notamment constitutionnelle, des pays considérés, avant d'en tirer des conséquences pour les aides à la RDI et la structure réglementaire des incitations à la RDI.

En Allemagne, la liberté de recherche et des sciences est explicitement consacrée à l'article 5 al. 3 de la Loi fondamentale allemande, son interprétation ayant été précisée en 1973 par la décision *Hochschul-Urteil* de la Cour constitutionnelle fédérale⁴⁹ en mettant en lumière le double volet *Abwehrrecht – objektive Wertentscheidung*. Ainsi, s'agencent une teneur négative et positive et, notamment, un droit de protection contre les ingérences de l'État au sens d'une dimension individuelle négative et une obligation de soin et

⁴⁸ V. notamment : LAMBOURDOUD Alban, « Fiscalité spécifique des entreprises exploitantes de spécialités pharmaceutiques », Fasc. 48-10, FM Litec Droit pharmaceutique, 2019, n°56.

⁴⁹ BVerfGE, 35, 79.

d'aménagement s'imposant à l'État allemand, dont le corollaire « individuel » est un droit à prestations dérivé ou droit de participation⁵⁰.

En Suisse, la consécration textuelle n'intervint qu'avec la révision constitutionnelle de 1999. Auparavant sa protection fut assurée par les libertés fondamentales écrites et non écrites auxquelles elle est consubstantielle, alors que les constitutions cantonales la consacraient bien avant. Tel qu'exposé par l'étude, les opinions doctrinales divergent en Suisse pour ce qui est d'une interprétation des droits fondamentaux dépassant le seul volet défensif, alors qu'une obligation d'agir afin de créer un environnement favorable à la recherche scientifique s'impose tout autant à la Confédération d'après l'article 64 Cst.

En France, la liberté de recherche et des sciences est une « liberté implicite »⁵¹, non écrite et consubstantielle à un certain nombre d'autres droits et libertés⁵², dont la reconnaissance en tant que principe à valeur constitutionnelle à partir de l'article 11 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen par le Conseil constitutionnel⁵³ fut particulièrement discrète et limitée, de surplus réalisée au travers de l'indépendance des chercheurs universitaires et publics⁵⁴. Aux côtés des caractéristiques particulières de cette protection, le législateur a compétence générale pour l'application des droits et libertés d'après l'article 34 al. 1 de la Constitution et doit, dès lors, protéger les libertés et participer à leur réalisation effective au sens d'une « action positive en faveur d'une protection de la liberté »⁵⁵ et de son aménagement.

L'origine des divergences semble pouvoir être identifiée dans l'histoire constitutionnelle des pays soumis à l'étude et leur modèle de constitution.

À la suite de l'expérience du nazisme, la Loi fondamentale allemande fut à visée principalement limitative du pouvoir étatique (*bereichsbeschränkende Verfassung*) et, en outre, fondamentalement caractérisée par l'opposition entre le citoyen et l'État. Cela n'empêcha toutefois la Cour constitutionnelle fédérale de se détourner de la neutralité axiologique des constitutions précédentes⁵⁶ et de reconnaître aux droits fondamentaux une teneur positive. La Loi fondamentale pose ainsi des principes proprement « fondamentaux », irriguant tout domaine du droit et servant de base à la vie politique et celle de la communauté⁵⁷.

Cette analyse constitutionnelle concourt principalement à expliquer le mode d'intervention choisi (infra-législatif), ainsi que le manque de mesures incitatives. En effet, si a été développé un effet positif pour la liberté de la recherche, ce droit

⁵⁰ V. notamment : BVerwG, 22 avril 1977 – VII C 49.74.

⁵¹ V. pour cette qualification : HERMITTE Marie-Angèle, « L'encadrement juridique de la recherche scientifique » in HERMITTE Marie-Angèle (dir.), *La liberté de la recherche et ses limites. Approches juridiques*, Paris : Romillat, coll. Collection droit et technologies, 2001, p. 24.

⁵² *Ibid.*, p. 59.

⁵³ C.const., décision n°83-165 DC, 20 janvier 1984, Loi relative à l'enseignement supérieur ; C.const., décision n°94-345 DC, 29 juillet 1994, Loi relative à l'emploi de la langue française.

⁵⁴ WACHSMANN Patrick, « Inconstitutionnalité partielle de la loi du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française », *AJDA*, 1994, p. 731.

⁵⁵ ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël, « La conception des libertés par le Conseil constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'Homme », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n°32, 2011.

⁵⁶ VOLKMANN Uwe, *Grundzüge einer Verfassungslehre der Bundesrepublik Deutschland*, Tübingen : Mohr Siebeck, 2013, p. 24.

⁵⁷ V. de manière exemplative: OSSENBÜHL Fritz, « Grundrechtsinterpretation » in MERTEN Detlef et PAPIER Hans-Jürgen (dir.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Vol. I. Entwicklung und Grundlagen, Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 2004, § 15, p. 622.

fondamental reflète le principe de « tension » entre effet positif et défensif. Puisqu'il s'agit d'un droit fondamental sans réserve (*vorbekaltloses Grundrecht*), l'intervention de l'État est strictement conditionnée. Ainsi, il ne peut pas être limité par voie législative ou sur le fondement d'une loi. Or, les aides à la RDI semblent en principe garantir l'exercice effectif de cette liberté et non pas le limiter⁵⁸. L'influence de l'histoire allemande récente semble toutefois, et tel que le relève l'étude, concourir à une sensibilité particulière en matière scientifique qui, conjuguée à la sélectivité particulière des aides directes, fait migrer toute intervention de l'État vers une limitation du droit fondamental, du moins du point de vue de la perception.

Pour la Suisse, la caractéristique principale est la neutralité axiologique de sa Constitution, qui semble être le résultat d'une construction historique par « agrégation »⁵⁹. La Constitution n'a pas de valeur en soi, mais a notamment pour fonction de déterminer l'organisation de l'État et la répartition des compétences au sein de la Confédération⁶⁰. Dès lors, les droits consacrés reflètent avant tout une réalité sociale, ce que certains auteurs désignent par le « pragmatisme » suisse⁶¹. Si les droits fondamentaux sont tout autant ancrés dans la tradition suisse, ce « pragmatisme » permet d'expliquer les divergences constatées entre l'Allemagne et la Suisse et, avant tout, l'absence d'émergence d'une doctrine générale comparable de l'effet positif des droits fondamentaux.

Or, s'il s'impose à la Suisse une obligation d'action comparable de par l'article 64 Cst., elle est caractérisée par une grande parcimonie en matière d'incitation à la RDI, ce qui ne peut s'expliquer que partiellement par l'argument de la neutralité axiologique, mais peut-être davantage par celui du « pragmatisme ». Avant tout la comparaison avec la constitution économique a permis de compléter l'argumentation. Ainsi, le pouvoir d'intervention de la Confédération est défini bien plus largement en matière économique, le constat se poursuivant au niveau des constitutions cantonales. L'un des aspects développés par l'analyse est à cet égard la possibilité donnée à la Confédération de déroger, si besoin est, à la liberté économique (article 94 al. 4 Cst.) et, notamment, de favoriser certaines branches économiques dans le cadre d'une politique structurelle (article 103 Cst.) par moyen d'aides financières⁶². Les différences de systématique générale relevées, lus en combinaison avec le « pragmatisme suisse », semblent explicatifs de la parcimonie au niveau fédéral et de la multiplicité des mesures indirectes bénéficiant aux entreprises économiques au niveau cantonal.

Si l'État français, comme en Allemagne et en Suisse, doit intervenir pour protéger et participer à la réalisation effective des libertés, les contours de la protection de la liberté

⁵⁸ V. sur ce point et sur les critiques émises à cet égard : ROSSI Matthias in GRÖPL Christoph (dir.), *Bundeshaushaltsordnung, Landeshaushaltsordnungen : Staatliches Haushaltsrecht : Kommentar*, München : Verlag C. H. Beck, 2e édition, 2019, § 44, pp. 445, 446 : l'auteur y évoque en effet à cet égard diverses critiques sur la nature extensive de l'intervention de l'état en matière de promotion de la R&D, auxquelles il se rallie en partie.

⁵⁹ GONIN Luc, *Droit constitutionnel suisse : fondements, institutions et défis*, Genève : Schulthess éditions romandes, coll. Quid iuris ?, 2015, p. 31.

⁶⁰ MÜLLER Jörg Paul, « Geschichtliche Grundlagen, Zielsetzung und Funktion der Grundrechte » in *op.cit.*, § 202, p. 12.

⁶¹ V. sur le « pragmatisme suisse » : MÜLLER Jörg Paul, « Geschichtliche Grundlagen, Zielsetzung und Funktion der Grundrechte », in MERTEN Detlef et PAPIER Hans-Jürgen (dir.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Vol. VII/2. Grundrechte in der Schweiz und Liechtenstein, Heidelberg : C. F. Müller Verlag, 2007, § 202, p. 14.

⁶² V. à titre exemplatif : AUER Andreas, MALINVERNI Giorgio et HOTTELIER Michel, *Droit constitutionnel suisse*, vol. II. Les droits fondamentaux, Berne : Stämpfli Editions SA, coll. Précis de droit Stämpfli, 2e édition, 2006, pp. 451, 452.

de recherche, tel qu'exposés, sont particuliers. L'étude tente d'apporter des éléments d'explication qui se situent, d'une part, au niveau du Conseil constitutionnel lui-même, les conditions de sa saisine et sa légitimité et, d'autre part, au niveau de l'histoire et de l'histoire constitutionnelle française. Pour ce second aspect, est notamment rappelée l'influence de la pensée rousseauiste de suprématie de la loi, expression de la volonté générale, et donc par nature « non oppressive », avant d'illustrer une divergence d'importance avec l'Allemagne qu'est l'absence d'opposition comparable entre l'État et les citoyens, et, plus particulièrement, entre l'État et le corps des chercheurs. En effet, l'interventionnisme étatique en matière de recherche fut de nature avant tout périodique, de telle sorte qu'il recouvrit même sous Napoléon Ier un caractère souvent plus « périphérique ». Ce qui prévalut même durant les phases d'un interventionnisme plus prononcé fut l'aspect individuel de la liberté⁶³. La multiplicité et la variété des mesures incitatives de la RDI en France ne semblent être que le résultat naturel des éléments analysés, l'intervention du législateur français n'étant perçue comme problématique *per se*.

Ce premier volet du paradigme national en matière d'incitation à la RDI est complété par celui économique.

2. Analyse économique

L'analyse économique, et plus particulièrement l'identification du rôle de l'État dans la promotion de la recherche et de l'économie eut pour objectif de replacer les mesures incitatives à la RDI dans un contexte historique afin d'identifier de grandes caractéristiques pour les pays soumis à l'étude qui seraient en mesure d'éclairer davantage sur les contours de la typicité nationale en la matière.

L'analyse de l'intervention de l'État français en économie et recherche permet de relever une certaine constance au travers des siècles, et ce dès le Moyen Âge⁶⁴. En particulier, le XVII^e siècle fut marqué par un fort interventionnisme tant en économie qu'en recherche, puisque ce fut à cette époque que l'on comprit clairement l'importance de la recherche pour l'économie⁶⁵. Même la Révolution française ne conduisit pas à une entière remise en cause de l'intervention de l'État au profit d'une doctrine du « laisser-faire ». L'étude relève à cet égard que cette persistance paradoxale fut causée corrélativement par deux éléments, la tradition centralisatrice de la France et la demande de soutien du côté des industriels⁶⁶. Ainsi, l'étude conclut pour la France à une « tradition interventionniste » relativement constante avec des phases plus ou moins prononcées, et à caractéristiques et fondement théorique changeants. Pour ces premières, elle développe particulièrement l'exemple du fort interventionnisme à l'approche de la Seconde Guerre mondiale et les contours de l'interventionnisme post guerre. La multiplicité et variété des mesures incitatives à la RDI s'inscrit parfaitement

⁶³ FORTIER Charles, *L'organisation de la liberté de la recherche en France*, thèse de droit public, Université de Bourgogne, 2004, pp. 38, 39.

⁶⁴ V. pour l'objectif de construction d'une économie nationale à cette époque: KÖTSCHKE Rudolf, « Allgemeine Wirtschaftsgeschichte des Mittelalters », in BRODNITZ Georg (dir.), *Handbuch der Wirtschaftsgeschichte*, vol. 2, Jena : Verlag Gustav Fischer, 1924, p. 606.

⁶⁵ V. UNESCO, *La politique scientifique et l'organisation de la recherche en France*, Paris : Unesco, coll. Etudes et documents de politique scientifique, 1971, p. 9.

⁶⁶ V. sur ce point : VERLEY Patrick, *Nouvelle histoire économique de la France contemporaine*, tome 2 : l'industrialisation 1830-1914, Paris : Editions La Découverte, coll. Repères, 2003, p. 69.

dans cette tradition, une reconsidération de certains instruments sur la base de leur efficacité et efficience respective ne contrecarrant aucunement le constat général.

Pour l'Allemagne, l'analyse permet de dresser un constat plus nuancé. Si l'État intervint en économie et recherche, notamment à partir du XVI^e siècle et jusqu'au XVIII^e siècle sous l'influence de la doctrine caméraliste⁶⁷, le régionalisme allemand modifia sensiblement le contexte dans lequel il put se développer. L'étude relève ainsi que l'existence d'une multitude d'états avant l'unification allemande conduisit en même temps à un fort interventionnisme des princes et à un caractère relativement limité de leurs moyens en termes financiers et d'instruments de politique économique et de recherche⁶⁸. Avec l'Allemagne unifiée naquit le « paternalisme allemand » qui se détourna rapidement d'un dirigisme léger au profit d'une intervention indirecte, c'est-à-dire sous forme de normalisation et réglementation et afin de créer un environnement propice au développement de l'économie et de la recherche⁶⁹. Malgré un retour du dirigisme à l'approche des Première et Seconde Guerre mondiale, l'interventionnisme allemand semble être « périodique » suite à l'unification allemande et orienté vers une nécessité ponctuelle, tel que durant la phase de reconstruction, c'est-à-dire caractérisé par une succession de phases typiques de faible interventionnisme et atypiques. Une traduction de cette « flexibilité » allemande se retrouve aujourd'hui avec le *FZulG* qui introduit un système de primes fiscales semblable au crédit d'impôt recherche français, mais construit autour d'un besoin concret identifié sur le marché, qu'est le problème de l'accès au personnel qualifié, et fournit un élément d'explication du relatif manque de mesures incitatives à la RDI et de la variabilité des mesures au cours du temps, ainsi que du niveau des fonds utilisés.

L'étude relève pour la Suisse, finalement, une réticence traditionnelle en matière d'intervention, qui fut uniquement ponctuellement remise en cause à l'approche de la Seconde Guerre mondiale⁷⁰. Fut favorisée en conséquence la création d'un environnement économique et juridique attractif⁷¹, couplée à une certaine flexibilité sous forme de dose légère de protectionnisme orienté⁷², alors que sa force réside dans la capacité d'adaptation de ses grandes entreprises aux changements intervenant sur le marché et dans la sphère scientifique⁷³. Les incitations à la RDI analysées dans la

⁶⁷ V. pour les courants de pensée à cette époque, en particulier ceux de Christian Wolff (en faveur d'un fervant interventionnisme étatique) et d'Emmanuel Kant (en faveur d'un interventionnisme particulièrement restreint qui se limite à ce qui est nécessaire et justifié pour des raisons pratiques et empiriques) : MOGGACH Douglas, « Freedom and Perfection : German Debates on the State in the Eighteenth Century », *Canadian Journal of Political Science*, 2009, vol. 42, n°4, p. 1003 et s.

⁶⁸ V. à titre exemplatif : W. WEITMANN Reinhart, « Le très envié Mittelstand allemand. Retour sur les raisons du succès des PME outre-Rhin », Friedrich-Ebert-Stiftung, Analyses et Documents, 2012, p. 3.

⁶⁹ BRAUN Dietmar, *Die politische Steuerung der Wissenschaft : Beitrag zum « kooperativen Staat »*, Frankfurt, New York : Campus Verlag, coll. Schriften aus dem Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung Köln, 1997, p. 99 et s.

⁷⁰ Pour le constat d'un keynésianisme modéré durant cette phase, v. notamment : SCHÄPPI Hans, « Angriff der neoliberalen Ordnungspolitik : Bemerkungen zu neuen Programmschriften für die schweizerische Wirtschaftspolitik von Leutwiler, Schmidheiny, Borner et al. », *Widerspruch: Beiträge zu sozialistischer Politik*, 1991, vol. 11, n°22, p. 147 et s. (p. 148).

⁷¹ V. pour ces caractéristiques notamment : OBRIST Thierry, « Switzerland » in *op.cit.*, p. 72.

⁷² V. en ce sens : AFONSO Alexandre et MACH André, « Coming together but staying apart : Continuity and change in the Austrian and Swiss Varieties of Capitalism » in BECKER Uwe (dir.), *The Changing Political Economies of Small West European Countries*, Amsterdam University Press, coll. Changing Welfare States, 2011, p. 104.

⁷³ V. pour la particularité de la structure suisse et la capacité d'adaptation des entreprises : AFONSO Alexandre et MACH André, « Coming together but staying apart : Continuity and change in the Austrian and Swiss Varieties of Capitalism » in *op.cit.*, p. 122.

première partie de l'étude s'inscrivent parfaitement dans cette présentation des caractéristiques suisses. L'analyse se clôt par le volet sociologique.

3. Analyse sociologique

L'analyse sociologique, et plus précisément l'évaluation des rapports liant l'État, les entreprises et les chercheurs, concourt finalement à l'explication de la persistance du rôle traditionnel de l'État dans les pays soumis à l'étude et du degré de pondération des mesures incitatives à la RDI pharmaceutique aux intérêts économiques et scientifiques.

L'étude distingue à cet égard pour les rapports liant l'État et les entreprises entre l'influence des politiques publiques sur les entreprises et l'influence des entreprises sur les politiques publiques en matière d'incitation à la RDI.

Pour le premier volet de l'analyse, les choix en matière d'intervention en économie et en recherche, c'est-à-dire respectivement un faible ou fort interventionnisme, sont un élément stabilisateur des politiques publiques dans le temps. Est notamment développé l'exemple de la persistance paradoxale du rôle de l'État en économie et recherche même après la Révolution française et malgré une faveur donnée à cette époque à la doctrine du « laisser-faire ». En effet, le *status quo* a donné naissance à une forme d'attente des industriels à l'intervention de l'État sous quelque forme que ce soit et face aux défis et nouvelles exigences rencontrés par eux⁷⁴. La réitération du rôle de « protecteur » contre ces perturbations, fut ainsi causée par effet de rétroaction⁷⁵.

Liée au point précédent, en quelque sorte son revers, est l'influence des entreprises sur les politiques publiques, dont les contours varient dans les pays soumis à l'étude. L'analyse relève deux effets d'importance, que sont l'éventuelle résistance des entreprises aux changements induits en matière d'incitation et leur caractère stabilisateur. À cet égard, est mis en lumière une éventuelle réaction des entreprises aux changements induits par de nouvelles mesures incitatives ou tout autre changement de l'environnement dans lequel se développent leurs activités de RDI, et notamment le déplacement des structures de recherche à l'étranger⁷⁶. Pour le second point, est développé aux côtés des exemples français et suisse, celui allemand et l'interaction caractéristique entre État et entreprises, ainsi que leur influence sur les politiques publiques en termes d'orientation, c'est-à-dire de choix de mesures adaptées aux besoins réels du marché⁷⁷. Cette interaction a pour les trois pays soumis à l'étude un effet direct sur les incitations à la RDI, leur variété et multiplicité.

Pour les rapports liant l'État et les chercheurs, l'analyse tente d'identifier des différences en termes d'intervention des scientifiques dans le processus politique en matière de RDI. Cette intervention présente un double intérêt pour les chercheurs eux-mêmes, qui au travers de leurs recommandations peuvent intégrer leurs propres priorités dans le

⁷⁴ VERLEY Patrick, *Nouvelle histoire économique de la France contemporaine*, tome 2 : l'industrialisation 1830-1914, Paris : Editions La Découverte, coll. Repères, 2003, p. 69.

⁷⁵ KEYDER Caglar, « State and Industry in France, 1750-1914 », *The American Economic Review*, 1985, vol. 75, n°2, p. 308 et s. (v. p. 310).

⁷⁶ V. sur ce point: MAYNTZ Renate et W. SCHARPF Fritz, « Kapitel 1. Steuerung und Selbstorganisation in Staatsnahen Sektoren » in MAYNTZ Renate et W. SCHARPF, Fritz (dir.), *Gesellschaftliche Selbstregulierung und politische Steuerung*, Fankfurt, New York : Campus Verlag, coll. Schriften aus dem Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung Köln, 1995, p. 30.

⁷⁷ V. sur ce point, parmi d'autres, l'avis et l'expérience exprimée par Dorothee Kohler : Bpifrance, *Mittelstand et performance allemande, que faut-il en retenir ?*: Restitution des débats du 22 novembre 2012, 2013, p. 11.

processus de prise de décision de politiques publiques, et, pour l'État, en vue d'une décision éclairée et rationnelle⁷⁸.

En Allemagne, deux acteurs d'importance sont à cet égard le *Wissenschaftsrat* (conseil scientifique) et la *Expertenkommission Forschung und Innovation* (commission d'experts en matière de recherche et d'innovation). Du fait de sa composition, le *Wissenschaftsrat*, créé sur la base d'un accord administratif entre *Bund* et *Länder*⁷⁹, est une instance de coordination des plus importantes, associant scientifiques et politiques, et un cadre effectif pour la définition des politiques en matière de recherche et d'innovation du fait de la mise en balance et coordination des intérêts respectifs⁸⁰. Tel que le relève l'étude, l'analyse des processus informels et formels de coordination et coopération pourrait être un élément d'explication supplémentaire du faible nombre d'incitations et de leur relative adaptation aux besoins réels des scientifiques et industriels en Allemagne, qui trouve son reflet dans leur satisfaction avec l'environnement créé⁸¹.

En France, le CSR et le CGSP sont des instances d'importance pour la définition des politiques de recherche et d'incitation à la RDI. Si le *Wissenschaftsrat* allemand permet la coordination des intérêts respectifs de par sa composition, le CSR et le CGSP semblent du fait de leur rattachement davantage intégrés dans le contexte et processus politique, proposant de grandes lignes ou orientations ou réalisant un travail de prospection et stratégique, et éclairant le gouvernement. Après un exposé des différences en termes de missions entre CSR et *Wissenschaftsrat*, l'analyse suggère qu'il pourrait se trouver là un élément d'explication complémentaire de la variété et multiplicité des mesures incitatives et, vraisemblablement, d'un moindre potentiel de sélection le long du processus.

Pour la Suisse l'étude met en exergue le rôle du Conseil suisse de la science aux côtés, notamment de la Fondation pour l'évaluation des choix technologiques, en tant qu'organe consultatif indépendant⁸² à statut de commission extraparlamentaire⁸³, qui conseille tant proactivement que réactivement sur la politique de recherche et d'innovation ainsi que les mesures d'encouragement mises en place. Il recouvre tout comme le *Wissenschaftsrat* allemand un rôle de coordinateur des intérêts dans un contexte fédéral. L'analyse relève ainsi que son indépendance, la possibilité d'un conseil proactif et sur mandat et, en outre, une composition reflétant l'importance du secteur pharmaceutique en Suisse, concourent potentiellement à une meilleure adéquation des incitations avec les besoins constatés, alors que la réticence du Conseil suisse de la science de favoriser une économisation de la science se présente comme un élément stabilisateur du paradigme national suisse.

Cette typicité nationale forme le cadre des incitations à la RDI et les intègre dans un tissu national relativement stable au cours du temps. Par contraste, les entreprises

⁷⁸ MEUSEL Ernst-Joachim, *Außeruniversitäre Forschung im Wissenschaftsrecht*, Köln, Berlin, Bonn, München : Carl Heymanns Verlag, 2e édition 1999, pp. 192-194.

⁷⁹ Verwaltungsabkommen zwischen Bund und Länder über die Errichtung eines Wissenschaftsrates vom 5. September 1957.

⁸⁰ BRAUN Dietmar, *Die politische Steuerung der Wissenschaft: Beitrag zum « kooperativen Staat »*, Frankfurt, New York : Campus Verlag, coll. Schriften aus dem Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung Köln, 1997, p. 309.

⁸¹ V. à titre exemplatif: TITGEMEYER Marion, « Zur steuerlichen Förderung von Forschung und Entwicklung (FuE) in Deutschland », DStR, 2019, n°24, p. 1274 et s. (voir p. 1277).

⁸² OECD, *Reviews of Innovation Policy : Switzerland*, 2006, p. 25 et s.

⁸³ Article 55 al. 3 de la LERI.

pharmaceutiques et biotechnologiques se voient confrontées à un changement de paradigme multifacette à l'étape de la recherche, du développement et de la distribution ou commercialisation du produit innovant. Celui-ci constitue la variable environnementale particulière à laquelle doivent être mesurées les incitations nationales. C'est l'objet des développements du dernier chapitre.

B. *Un paradigme national mesuré aux changements récents*

Le dernier chapitre de l'étude est tourné vers la confrontation des aides à la RDI nationales, au changement de paradigme le long de la chaîne de valeur du médicament innovation pour en déterminer leur opportunité, suffisance et caractère approprié.

L'étude relève une insuffisance des mesures nationales au regard de la fragmentation croissante du processus, alors que la coopération entre entreprises et organismes ou instituts de recherche publique est le volet principalement pris en compte. En effet, tel que le retrace l'étude à cet endroit, la fragmentation du processus de recherche et développement est inévitable tant en raison du nécessaire accès à de savoirs spécialisés, qu'en raison du besoin d'optimisation et de gain d'efficacité. L'analyse met à cet égard notamment en lumière une prise en compte divergente de la recherche sous-traitée en France, Allemagne et Suisse. Si en France le constat est contrasté, diverses mesures d'importance en Allemagne et en Suisse prennent explicitement en compte les activités de recherche contractuelle.

Un constat similaire est fait pour ce qui est de l'importance croissante des compétences commerciales. Pour mener un projet de RDI à bout, et ce indifféremment de la qualification du produit comme innovation de rupture ou continue, les entreprises doivent disposer de compétences commerciales particulières. S'il est relativement aisé de mettre en évidence le lien entre compétences commerciales et projet de RDI pour les innovations continues proches du marché, il en va pareillement ainsi des innovations de rupture en raison de la complexification croissante à l'étape de la commercialisation du produit, qu'il s'agisse de l'identification des destinataires du message publicitaire ou de leur moindre accessibilité. Or, si leur importance est prise en compte, notamment par une variété d'aides allemandes destinées aux petites et moyennes entreprises innovantes, l'analyse identifie des opportunités d'amélioration.

Un autre aspect d'importance relevé par l'étude est celui d'une prise en compte uniquement partielle du besoin croissant de stabilité et de sécurité de planification des entreprises pharmaceutiques et biotechnologiques dans un contexte par ailleurs empreint de grandes incertitudes, alors que les adaptations faites au niveau national ne semblent refléter que partiellement les besoins spécifiques des entreprises nationales du fait de structures économiques nationales particulières.

Le *status quo* ouvre par voie de conséquence sur des possibilités d'amélioration des mesures incitatives mises en place au niveau national afin de compenser les défaillances du marché et d'inciter durablement à la RDI pharmaceutique et biotechnologique, pour autant que les propositions s'accommodent du paradigme national caractérisé. Certaines propositions concrètes d'amélioration sont consignées dans la conclusion générale de l'étude.

En guise d'ouverture, l'étude se clôt par une proposition axée sur les opportunités de gain d'efficacité et d'optimisation au niveau interentreprise. Tel qu'énoncé, les entreprises sont d'abord elles-mêmes responsables d'une réponse efficace et efficiente

aux changements du marché et du contexte scientifique dans lequel elles opèrent. Simultanément, une adaptation à leur niveau présente l'avantage d'une meilleure prévisibilité. Le modèle proposé à cet effet, et en considération de l'importance de la coopération interentreprise le long du processus, est celui de la société coopérative. La réflexion se limite à cet égard aux coopérations entre entreprises pharmaceutiques et CRO.

L'ordre public en droit de la concurrence dans l'arbitrage international

Rüdiger Morbach¹,

Docteur en droit des universités Panthéon-Assas et de Würzburg

Référendaire au tribunal de Leipzig

« Quand le juriste en doit faire usage, [...] il est, en réalité, abandonné à son tact et à son flair, qu'il exerce, dans chaque cas particulier, en s'inspirant presque exclusivement du but même proposé à sa recherche. Ces mots sonores « ordre public » restent à l'état d'enveloppe vide »².

Il y a peu d'autres spécialités juridiques qui ont un impact aussi important sur le public que le droit de la concurrence. Les enquêtes sur les ententes, les amendes antitrust et les procédures de contrôle des concentrations font régulièrement les gros titres des journaux. Des communiqués de presse sont diffusés par les autorités de la concurrence et leurs décisions publiées. Le droit de la concurrence est par conséquent une discipline connue du grand public, malgré sa complexité et son interdisciplinarité à la croisée du droit et de l'économie.

Il en va autrement pour l'arbitrage international. Les procédures d'arbitrage se déroulent à huis clos, les sentences arbitrales ne sont pas publiées. Même si le tribunal arbitral n'applique pas les règles du droit de la concurrence ou les applique de manière faussée, cela reste caché au public, sauf si une partie saisit un tribunal étatique pour obtenir reconnaissance, exécution ou annulation de la sentence arbitrale. Il en va de même si cette partie saisit l'autorité de concurrence compétente afin d'obtenir la prise d'une décision sur le fond qui atténuerait ou éliminerait les effets de la sentence. Si l'intérêt général pour le respect des règles de la concurrence se heurte à la confidentialité de la procédure d'arbitrage, il en résulte un conflit. Les parties à une telle procédure d'arbitrage sont soupçonnées d'avoir délibérément choisi la procédure d'arbitrage afin de camoufler les violations de la concurrence, voire de les faciliter. En raison du faible nombre de sentences arbitrales publiées, ce soupçon ne peut être difficilement réfuté, contribuant ainsi à l'aura de clandestinité³.

Mais ce n'est pas seulement en termes de publicité et de clandestinité qu'un contraste existe. Lorsque les deux domaines du droit se croisent, les intérêts étatiques entrent en conflit avec l'autonomie privée, les intérêts généraux avec des intérêts particuliers, la territorialité avec l'internationalité - ou, en des termes plus généraux, la contrainte avec la liberté. L'arbitrage et sa focalisation sur la volonté des parties ébranlent les rouages de l'État, dont la structure est axée sur la réglementation et la sécurité juridique⁴.

¹ La thèse résumée ici paraîtra en allemand sous le titre « Der kartellrechtliche ordre public in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit » chez l'éditeur *Nomos* fin 2021. Résumé de la thèse préparée en cotutelle sous la direction du Professeur Florian BIEN (Université de Würzburg) et du Professeur Louis d'AVOUI (Université Paris II Panthéon-Assas). L'auteur remercie Dr. Gwendoline Cicottini et Agnès Reinhold pour leur aide dans la rédaction de ce résumé.

² F. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, 1921, p. 482.

³ F.-B. WEIGAND, *Arb. Int.*, 1993, 249, 254.

⁴ « L'arbitrage met en effet en cause les principes mêmes sur lesquels est fondée la société dans le monde occidental à notre époque. » (R. DAVID, *L'arbitrage dans le commerce international*, 1982, n° 57).

Ce conflit se manifeste nettement en droit de la concurrence. Ici, les contradictions s'affrontent comme rarement ailleurs⁵.

Des questions aussi bien nombreuses que variées sont associées à cet affrontement, ayant comme pivot commun l'ordre public en droit de la concurrence. Le terme « ordre public » et ses synonymes anglais et allemand « *public policy* »⁶ et « *öffentliche Ordnung* »⁷, se réfèrent à l'art. V, §2, b) de la Convention de New York sur l'arbitrage de 1958 (ci-après NYC).

Cette soi-disant « réserve d'ordre public » permet au tribunal étatique de refuser la reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale étrangère. Cela implique qu'elle n'est appliquée que dans le cadre de la procédure de reconnaissance et d'exécution d'une sentence arbitrale étrangère. Si le droit interne de l'arbitrage prévoit un ordre public applicable aux sentences internes, il s'applique également dans une procédure d'annulation de la sentence⁸. Dans les deux cas, il sert « d'échappatoire »⁹ que tout système juridique se réserve face à l'obligation d'exécuter des sentences arbitrales¹⁰.

Si l'ordre public s'oppose à une sentence arbitrale qui comporte des éléments du droit de la concurrence, il protège celui-ci en tant qu'ordre public concurrentiel. Lorsque la sentence arbitrale viole l'ordre public concurrentiel, le juge étatique n'est pas obligé de l'exécuter et peut l'annuler si elle a été rendue dans son propre pays. L'ordre public du droit de la concurrence sert donc de dispositif de sécurité contre les violations du droit de la concurrence dans les sentences arbitrales.

Comme pour tout dispositif de sécurité, qu'il soit de nature juridique ou technique, la question se pose de savoir si ce dispositif fonctionne en pratique. Il se peut que l'ordre public concurrentiel constitue un correctif puissant capable d'empêcher efficacement toute violation des règles du droit de la concurrence par les sentences arbitrales. Mais il peut tout aussi bien s'agir d'un outil inefficace qui ne peut pas l'empêcher.

La réponse à cette question est importante, étant donné que l'arbitrage est souvent soupçonné d'encourager les parties à violer les règles du droit de la concurrence¹¹. Les parties à l'arbitrage souhaitent en fait parfois éviter son application. Dans un sondage

⁵ Dominic Wong parle de « l'idiosyncrasie » de l'arbitrage à l'application du droit de la concurrence (D. WONG, *G.C.L.R.*, 2016, 1, 3) ; Walid Abdelgawad de « l'antinomie » (W. ABDELGAWAD, *Arbitrage et droit de la concurrence*, 2001, n° 1050). « International arbitration is cast as Hamlet to EC competition law's Polonius » (P. LANDOLT, *Modernised EC competition law in international arbitration*, 2006, XIII).

⁶ Des doutes sont parfois émis sur la superposabilité des termes « ordre public » et « public policy », W. SHEN, *Rethinking the New York Convention*, 2013, p. 232, H. MEIDANIS, *E.L.Rev.*, 2005, 95, 98-99. Toutefois, aucune différence ne peut être constatée, les termes sont employés comme synonymes dans les versions anglaises de l'art. 21 Rome I et de l'art. 26 Rome II. Lalive observait cependant que le terme « public policy » était moins souvent utilisé que celui d'ordre public, P. LALIVE, « L'ordre public transnational et l'arbitre international », in G. Venturini, S. Bariatti (éds.), *Liber Fausto Pocar*, 2009, tome 2, 599, 600.

⁷ Art. 6 EGBGB.

⁸ Une sentence arbitrale ne peut être annulée qu'au siège même de l'arbitrage, N. BLACKABY, C. PARTASIDES, M. HUNTER et al. (éd.), *Redfern and Hunter on international arbitration*, 2015, p. 577 ; R. SCHÜTZE, *Schiedsgericht und Schiedsverfahren*, 6. éd. 2016, n° 754. Certains tribunaux étatiques l'ont parfois négligé et ont même annulé des sentences étrangères, p. ex. Supreme Court of India, 10 janvier 2008, Civil Appeal No. 309 of 2008, *Venture Global Engineering/Satyam Computer Services*, à ce sujet K. TAKAHASHI, *ARLA*, 2008, p. 173 ; mais cette jurisprudence a été abandonnée par la suite, Supreme Court of India, 6 septembre 2012, Civil Appeal No. 6284 of 2005, *Bharat Aluminium/Kaiser Aluminium*.

⁹ « Public policy is essentially an escape route », P. CARTER, *I.C.L.Q.*, 42, 1993, 1.

¹⁰ O. CAPRASSE, « Arbitrage et ordre public européen », in É. Loquin, S. Manciaux (éds.), *L'ordre public et l'arbitrage*, 2013, 115.

¹¹ E. STEINDORFF, *WnW* 1984, 189 ; L. IDOT, « Contribution au 6^{ème} Annual EC Competition Law and Policy Workshop », in C.-D. Ehlermann, I. Atanasiu (éds.), *European competition law annual 2001*, 285, 307 ; P. OSTENDORF, *SchiedsVZ*, 2010, 234, 235-236.

mené par l'auteur auprès des arbitres, pas moins de 12 % des arbitres interrogés ont affirmé avoir déjà été sollicités par les parties de négliger l'application du droit de la concurrence lors de la prise de décision, d'une façon ou d'une autre¹². Les tribunaux arbitraux suisses ont la réputation d'aider activement les parties à contourner le droit de la concurrence européen¹³.

Afin d'examiner cette question, il faut d'abord déterminer si l'ordre public concurrentiel peut être appréhendé de manière systématique. L'ordre public concurrentiel ne se limite pas au contrôle judiciaire *ex post* des sentences arbitrales. Il ne s'agit là que de sa seule variante expressément codifiée. Bien au contraire, l'ordre public décrit le droit de l'État dont l'application est prioritaire et qui prime sur la volonté des parties. Cela comprend tous les domaines dans lesquels l'arbitrage entre en conflit avec les intérêts régulateurs de l'État¹⁴. Cet « ordre public au sens large »¹⁵ doit être distingué de la réserve d'ordre public au sens étroit de l'art. V, §2, b) NYC.

Son étude pourrait s'avérer difficile, compte tenu du caractère prétorien de l'instrument, auquel est attribuée une certaine dose d'arbitraire dans son application¹⁶. Il reste à savoir si cela est le cas ou non. Si le juge étatique pouvait annuler la sentence arbitrale dans un cas mais pas dans un cas similaire qui serait moins néfaste à la concurrence, alors cela remettrait en doute l'aptitude de l'ordre public concurrentiel en tant que dispositif de sécurité. En effet, les dispositifs de sécurité efficaces se caractérisent justement par leur fiabilité prévisible. Afin de pouvoir examiner l'efficacité de l'ordre public en droit de la concurrence, il est d'abord nécessaire de présenter ses différents composants et ses manifestations ainsi que les rapports entre eux.

À cette fin, la thèse se compose de quatre chapitres.

Elle commence par un regard général sur les carrefours entre le droit de la concurrence et l'arbitrage (chapitre 1). Le chapitre est consacré, d'une part, aux fondements théoriques de la relation entre les deux domaines du droit et, d'autre part, aux nombreux aspects pratiques de la rencontre de ces domaines. Sur cette base, l'ordre public en droit de la concurrence est étudié en le présentant dans toutes ses manifestations, qui sont classées dans des catégories courantes de l'ordre public sur la base de leurs effets et mises en relation entre elles (chapitre 2). Cela permet de mettre en lumière les conflits qui se présentent et la manière de les traiter. Ensuite, nous montrerons comment le juge étatique effectue le contrôle des sentences arbitrales pour la violation de l'ordre public en droit de la concurrence, quels paramètres de contrôle il applique, comment les procédures parallèles devant les autorités de concurrence influencent son contrôle et quels moyens lui sont disponibles lorsqu'il constate une violation de l'ordre public concurrentiel (chapitre 3). Par la suite, l'étude explore comment le tribunal arbitral et les parties à l'arbitrage peuvent éviter une violation de l'ordre public en droit de la

¹² E. GLUCKSMANN, R. MORBACH, *JIntArb*, 2020, 257, 265.

¹³ C. BAUDENBACHER, « Contribution à la discussion au 6^{ème} Annual EC Competition Law and Policy Workshop », in C.-D. Ehlermann, I. Atanasiu (éds.), *European competition law annual*, 2001, 291, 295.

¹⁴ Les règlements favorables à l'arbitrage peuvent aussi être « d'ordre public », p. ex. les principes fondamentaux énoncés à la section 1 de la loi de 1996 sur l'arbitrage du Royaume-Uni (Arbitration Act), S. BREKOULAKIS, *Arbitration*, 2018, 205, 217.

¹⁵ « Notion générique d'ordre public », L. D'AVOUT, note sous Cour d'appel de Paris, ch. 1-1, 23 novembre 2012, *Rev. arb.*, 2013, 174, 179.

¹⁶ P. MALAURIE, *L'ordre public et le contrat*, 1953, p. 4. Également Court of Common Pleas, 2 juillet 1824 – *Richardson/Mellish*, Bing 1824, 229, 252. Ici se trouve aussi la comparaison très citée de l'ordre public avec un cheval tétu : « It is a very unruly horse, and when once you get astride it you never know where it will carry you ».

concurrence (chapitre 4). Avec les résultats ainsi obtenus, une tentative de réponse à la question de l'efficacité de l'ordre public en droit de la concurrence en tant que dispositif de sécurité d'un ordre juridique est apportée.

Ce résumé présente les principaux aspects de cette étude. Il est divisé en deux parties, dont la première vise à donner un aperçu général de l'institution juridique de l'ordre public concurrentiel avec toutes ses facettes (I), tandis que la seconde partie traite de son contrôle par le juge étatique (II). La première partie est composée d'une sous-partie traitant les carrefours entre le droit de la concurrence et l'arbitrage et la fonction charnière de l'ordre public concurrentiel (A. I.) et d'une sous-partie consacrée aux différentes manifestations de cet ordre public (A.II.). La deuxième partie est également subdivisée en deux sous-parties : la première traitant des paramètres du contrôle du juge étatique (II. A.), la deuxième tendant à savoir si l'ordre public en droit de la concurrence est un dispositif de sécurité efficace (II.B).

I. L'ordre public en droit de la concurrence dans l'arbitrage international

L'art. V NYC ne donne pas de définition de l'ordre public tout comme les autres conventions internationales contenant une réserve d'ordre public¹⁷. Au cours de leurs travaux préparatoires, les auteurs de la NYC n'ont fait aucune tentative de définition documentée¹⁸. L'interprétation du terme a été laissée aux États contractants, lesquels ont pour la plupart confié cette mission à la jurisprudence et à la doctrine¹⁹. Pourtant, l'ordre public ne peut pas faire l'objet d'une définition universelle²⁰. Il est considéré comme extrêmement difficile²¹, voire impossible²², d'en trouver une. Cependant, des éléments de base peuvent être trouvés dans toutes les tentatives de définition. Un composant central des définitions de l'ordre public est leur ancrage dans un territoire, souvent un État national. La formulation « *the public policy of that country* » de art. V, §2, b) NYC indique que la Convention considère l'ordre public comme une émanation de la souveraineté nationale, de sorte que l'ordre public ne s'applique que dans les limites de son territoire national²³. Un autre aspect important est sa fonction d'exception. Selon le libellé de la norme, la possibilité d'exécuter la sentence arbitrale est la règle, alors que la non-exécution pour violation de l'ordre public en est l'exception²⁴. Ce rapport entre la règle et l'exception est caractéristique de l'ordre public²⁵. Si celui-ci n'est pas appliqué

¹⁷ S. BADAH, *ALAJ*, 2016, 137, 157.

¹⁸ A. MAURER, *The public policy exception under the New York Convention*, 2013, p. 49.

¹⁹ Le rapport de l'IBA mentionne les Émirats arabes unis et l'Australie, *International Bar Association - Report on the Public Policy Exception in the New York Convention 2015*, <https://web.archive.org/web/20160216042515/http://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=C1AB4FF4-DA96-49D0-9AD0-AE20773AE07E> [30.9.2021], p. 2.

²⁰ « L'ordre public est difficile à cerner et ne se prête guère à une définition passe-partout », Tribunal fédéral suisse, 8.3.2006, 4P.278/2005, *Terra Armata*, BGE 132 III, 389, 391 ; « a very relative principle », A. MAURER, *The public policy exception under the New York Convention*, 2013, p. 57 ; A. CHONG, *The Law Quarterly Review*, 2012, 88, 113.

²¹ P. MALAURIE, *L'ordre public et le contrat*, 1953, p. 3.

²² « Difficult to clearly apprehend and impossible to precisely define », IBA, *Report on the Public Policy Exception in the New York Convention 2015*, v. note 18, p. 18 ; J. LEW, L. MISTELIS, S. KRÖLL, *Comparative international commercial arbitration*, 2003, p. 722.

²³ F. ADEKOYA, *BCDR International Arbitration Review*, 2015, 203, 206. « The language of this phrase is clear » (A. MAURER, *The public policy exception under the New York Convention*, 2013, p. 54).

²⁴ Il s'agit, selon la Cour suprême d'Autriche, d'une exception adverse au système (« Systemwidrige Ausnahme »), Oberster Gerichtshof (OGH), 26 avril 2006, 3Ob211/05h.

²⁵ V. art. 21 Rome I, art. 26 Rome II, art. 12 Rome III, art. 35 Rome IV. Ainsi, *Rapisardi-Mirabelli* décrivait l'ordre public comme un « concept détaché et anormal », « La nozione dell' Ordine pubblico appare come un concetto staccato, anormale » (A. RAPISARDI-MIRABELLI, *L'ordine pubblico nel diritto internazionale*, 1908, p. 43).

de manière restrictive, l'efficacité des règles respectives est mise en question. Ce n'est que dans des « cas extrêmes et exceptionnels » que l'ordre public intervient²⁶. Il nécessite que les valeurs fondamentales d'un système juridique soient en jeu²⁷. La « réserve d'ordre public » est donc en principe interprétée de manière restrictive²⁸.

Ainsi, l'ordre public au sens large comprend l'arbitrabilité qui limite *ex ante* les litiges pouvant être tranchés par un tribunal arbitral et qui est d'un intérêt particulier dans le domaine du droit de la concurrence. De la même façon, toute forme d'application du droit impératif en matière d'arbitrage résulte également de l'ordre public du système juridique concerné, que ce soit la règle de droit impérative qui prime sur la loi choisie par les parties ou l'obligation de l'arbitre de se conformer à une telle règle²⁹.

L'ordre public concurrentiel au sens large sert ici d'objet d'enquête, et pas seulement la réserve d'ordre public au sens étroit de l'art. V, §2, b) NYC. Ceci est dû à l'effet de rayonnement des différentes manifestations de l'ordre public au sens large. Ainsi, l'arbitrabilité et la réserve d'ordre public de l'art. V, §2, b) NYC s'influencent mutuellement. On ne saurait non plus se pencher sur la non-reconnaissance d'une sentence arbitrale en raison de la non-application d'une règle du droit de la concurrence, sans au préalable se demander si le tribunal arbitral avait obligation de l'appliquer. De même, une présentation de l'ordre public concurrentiel sans mentionner les lois de police ne peut réussir. L'ordre public au sens large sert de cadre à toutes ces institutions juridiques ainsi qu'aux questions connexes. Sa concrétisation la plus importante reste cependant celle de l'art. V, §2, b) NYC (réserve de l'ordre public au sens strict). L'accent sera alors mis sur celle-ci.

A. *L'ordre public concurrentiel à cheval entre l'arbitrage international et le droit de la concurrence*

L'on peut déjà indiquer que l'expression de « l'enveloppe vide », que Gény a attribuée à l'ordre public en 1921³⁰, ne concorde pas tout à fait avec l'ordre public concurrentiel en arbitrage international. Le maniement peu systématique et orienté sur le résultat que Gény a observé à l'époque ne peut plus être constaté. La doctrine arbitrale internationale est abondante en descriptions systématiques de l'ordre public en droit de la concurrence. Elle décrit la réserve d'ordre public de l'art. V, §2, b) NYC et donc l'ordre public au sens strict, mais le prend aussi comme point de départ pour traiter de nombreux aspects connexes du conflit entre l'arbitrage et le droit de la concurrence. C'est surtout la doctrine française qui repose sur une conception large de l'ordre public. Cette démarche semble utile pour décrire et catégoriser les interactions possibles entre la procédure arbitrale et le droit de la concurrence qui sont pertinentes pour l'ordre

²⁶ « Nur in extremen Ausnahmefällen », Bundesgerichtshof, 28 janvier 2014, II ZB 40/13, *SchiedsVZ*, 2014, p. 98 ; « Only in instances of significant procedural and substantial injustice », J.-P. BERAUDO, *JInt.Arb* 2006, 351, 352.

²⁷ « The forum state's most basic notions of morality and justice », US Court of Appeals for the 2nd Circuit, 23 décembre, No. 74-1642, 74-1676, *Parsons & Whittemore Overseas/RAKTA*, 508 F.2d 969 (2nd Cir. 1974), 974. Dans des termes quasi identiques, High Court of the Hong Kong SAR - Court of Appeal, 16 janvier 1998, No°116 of 1997, p. 20.

²⁸ À propos de l'Europe avec de nombreux exemples B. HESS, T. PFEIFFER, *Interpretation of the Public Policy Exception as referred to in EU Instruments of Private International and Procedural Law*, 2011 ; à propos des États-Unis US Court of Appeals for the 2nd Circuit, 23 décembre 1974, No. 74-1642, 74-1676, *Parsons & Whittemore Overseas/RAKTA*, 508 F.2d 969 (2nd Cir. 1974), 974 ; à propos de la Chine Y. WANG, *The Role of the Supreme People's Court in Chinese International Commercial Arbitration*, 2018, p. 175.

²⁹ Julian Lew mentionne en outre la capacité des parties à se soumettre à l'arbitrage et les exigences formelles de la *lex fori*. Dans tous ces cas, des tribunaux étatiques ont invoqué leur ordre public, J. LEW, *Applicable law in international commercial arbitration*, 1978, p. 556/557.

³⁰ V. F. GENY, *supra* note 1.

public concurrentiel. Ces interactions se manifestent même lorsque la procédure d'arbitrage n'a pas encore eu lieu.

1. L'arbitrabilité du litige

Selon l'art. II (3) NYC le tribunal étatique « renverra les parties à l'arbitrage, à la demande de l'une d'elles, à moins qu'il ne constate que ladite convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée ». Les raisons de la caducité de la clause compromissoire ne peuvent résider que dans la clause elle-même, et non dans le contrat qui la contient (*doctrine of separability*)³¹.

Du point de vue français, l'arbitrabilité objective représente une condition préalable à la procédure arbitrale, émanant de l'ordre public et représentant sa première intervention³². Le contrôle de l'arbitrabilité constitue un contrôle d'ordre public « *a priori* », alors que le contrôle d'une sentence arbitrale dans le cadre du recours post-arbitral³³ constitue un contrôle d'ordre public « *a posteriori* »³⁴. Le droit de la procédure française du XIXe siècle excluait toujours l'arbitrabilité si un quelconque rapport à l'ordre public apparaissait³⁵. En conséquence, l'art. 2060 du Code civil déclare non arbitrables tous les litiges qui concernent l'ordre public. Cette disposition, ajoutée au Code civil en 1972 (conçue, selon Charles Jarrosson lors d'un processus de rédaction chaotique)³⁶, entraîne des conséquences étranges.

En vertu du principe de compétence-compétence, le tribunal arbitral est d'abord tenu de statuer sur sa propre compétence. Pour décider si une règle d'ordre public est en cause, il lui faut toutefois examiner le fond du litige lui-même. Le litige est ainsi initialement arbitral jusqu'à ce que le tribunal arbitral constate une violation de l'ordre public, ce qui rend alors le litige non arbitral de manière rétroactive. Le tribunal arbitral ne peut rendre une sentence que si l'ordre public n'a pas été violé.

Cette situation s'est présentée à la Cour d'appel de Paris dans l'affaire *Ganz*³⁷. Ce litige résultait de la relation commerciale entre la société d'ingénierie hongroise *Ganz* et la *Société Nationale des Chemins de Fer Tunisiens (SNCFT)*. *Ganz* avait été scindée par l'État hongrois en sept sociétés plus petites, laissant la SNCFT liée seulement à certaines de ses sociétés par la convention d'arbitrage. Le tribunal arbitral de la CCI saisi de l'affaire a déclaré que la scission de *Ganz* n'avait aucun effet sur l'arbitrage avec SNCFT. *Ganz* a ensuite demandé l'annulation de la sentence devant la Cour d'appel de Paris, en faisant valoir que le tribunal arbitral était, soit incompétent en vertu de l'article 2060 du Code civil, soit, comme seule alternative concevable, aurait dû constater sur le fond la compatibilité avec l'ordre public français. La Cour d'appel n'a pas suivi ce

³¹ Civ. 1^{ère}, 7 mai 1963, *Gosset*, *Rev. arb.*, 1963, 60, 61 ; Cour d'appel de Paris, 1^{ère} ch. D, 7 décembre 1994, *V2000/Project XJ 220*, *Rev. arb.*, 1996, 245, 249, note C. Jarrosson ; Schiedsgericht bei der Kammer für Außenhandel der Deutschen Demokratischen Republik, sentence arbitrale du 28 janvier 1976, SG 103/74, *Yearbook Commercial Arbitration*, 1979, 197, 198 ; Bundesgerichtshof, 27 février 1969, KZR 3/68, *Fruchtsäfte*, GRUR, 501, 502, note H. Lutz ; UK Court of Appeal, 28 janvier 1993, *Harbour Assurance/Kansa II*, Lloyd's Rep. 1993, 455, 469 ; J. BREIT, *Das Recht – Rundschau für den deutschen Juristenstand* 1923, 105, 110.

³² J.-B. RACINE, « Les normes porteuses d'ordre public dans l'arbitrage commercial international », in É. Loquin, S. Manciaux (éds.), *L'ordre public et l'arbitrage – Actes du colloque des 15 et 16 mars 2013*, 7, 9.

³³ L. D'AVOUT, note sous Cour d'appel de Paris, ch. 1-1, 23 novembre 2012, *Rev. arb.*, 2013, 174, 178.

³⁴ L. RAVILLON, « Que reste-t-il du concept d'inarbitrabilité ? », in É. Loquin, S. Manciaux (éds.), *L'ordre public et l'arbitrage – Actes du colloque des 15 et 16 mars 2013*, 57, 61.

³⁵ W. ABDELGAWAD, *Arbitrage et droit de la concurrence*, 2001, n° 57, également dans d'autres systèmes juridiques romano-civilistes, E. STEINDORFF, *WuW*, 1984, 189, 191.

³⁶ C. JARROSSON, note sous Cour d'appel de Paris, 1^{ère} ch. A, 19 mai 1993, *Labinal/Mors*, *Rev. arb.*, 1993, 645, 654.

³⁷ Cour d'appel de Paris, 1^{ère} ch. supp., 29 mars 1991, *Ganz/SNCFT*, *Rev. arb.*, 1991, 478, 480.

raisonnement. Selon elle, le tribunal arbitral était également tenu de faire respecter l'ordre public international. L'art. 2060 du Code civil devait être interprété en ce sens que l'arbitrabilité ne concerne que la totalité de la matière et entraîne la nullité de la convention d'arbitrage seulement dans la mesure où cette matière n'est pas arbitrable en vertu de l'ordre public. Dans une affaire similaire, la Cour d'appel de Paris a annulé une décision du tribunal de commerce de Paris parce que celui-ci avait assumé à tort l'inarbitrabilité du litige. Le fait qu'un tribunal arbitral ne pouvait pas sanctionner une violation du droit de la concurrence par une astreinte ou une amende ne change rien à l'arbitrabilité du litige, même dans le domaine sensible de l'ordre public qu'est le droit de la concurrence³⁸.

La jurisprudence française tend à ne pas appliquer la disposition. Ainsi la Cour de cassation a décidé, déjà en 1971, que l'art. 2060 du Code civil n'a pas d'effet dans le domaine de l'arbitrage international³⁹. En arbitrage interne, la Cour d'appel de Paris a jugé en 1989 qu'un tribunal arbitral ne viole pas l'art. 2060 du Code civil si son examen d'une éventuelle violation de l'ordre public se limite à la question de sa propre compétence⁴⁰. La Cour de cassation a ensuite confirmé ce jugement⁴¹. La focale du contrôle de l'ordre public s'est ainsi déplacée de l'arbitrabilité vers le recours post-arbitral⁴². Cependant, il existe toujours un lien étroit entre les deux. Cela est dû au fait qu'une sentence arbitrale rendue malgré l'inarbitrabilité du litige est contraire à l'ordre public français⁴³. D'autres systèmes juridiques considèrent également l'arbitrabilité comme une question d'ordre public au sens large⁴⁴.

L'arbitrabilité du litige a dominé pendant longtemps la réflexion de la doctrine sur les questions d'interaction entre l'arbitrage et le droit de la concurrence. Jusqu'à la seconde moitié du XXe siècle, l'arbitrabilité du droit de la concurrence était exclue en tout ou en partie dans de nombreux ordres juridiques. Les tribunaux arbitraux n'ont pas été jugés capables d'appliquer des règles de droit d'intérêt général telles que le droit de la concurrence⁴⁵. La situation a changé en 1985 avec le jugement de la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Mitsubishi*⁴⁶. En raison de son large écho international, ce jugement peut être décrit comme un moment phare dans l'histoire de l'arbitrage international⁴⁷. Entre-temps, l'arbitrabilité du droit de la concurrence a été reconnue presque partout dans le monde.

Toutefois, cela ne doit pas conduire à la conclusion que l'arbitrabilité du droit de la concurrence est assurée pour l'avenir. Florian Bien, par exemple, se demande si

³⁸ Cour d'appel de Paris, 1^{ère} ch. A, 19 mai 1993, *Labinal/Mors*, *Rev. Arb.*, 1993, 645, note C. Jarrosson ; confirmé, com., 14 février 1995, n°93-18178.

³⁹ Civ. 1^{ère}, 18 mai 1971, n°69-14130, *Impex*, *JDI*, 1972, 62, 64. « La jurisprudence française n'a eu de cesse d'endiguer cette limite à l'arbitrabilité » (J.-B. RACINE, « Les normes porteuses d'ordre public dans l'arbitrage commercial international », in É. Loquin, S. Manciaux (éds.), *L'ordre public et l'arbitrage – Actes du colloque des 15 et 16 mars 2013*, 7, 9).

⁴⁰ Cour d'appel de Paris, 1^{ère} ch. Supp., 20 janvier 1989, *S.P.D./D.P. F.*, *Rev. arb.*, 1989, 280, 294.

⁴¹ Com., 8 octobre 1991, n°89-11458.

⁴² « L'accent est ainsi déplacé de l'amont (l'arbitrabilité) à l'aval (la possibilité de contrôler le respect par l'arbitre des normes contraignantes) » (O. CAPRASSE, « L'application du droit européen de la concurrence par l'arbitre », in P. Mayer (éd.), *Arbitrage et droit de l'Union européenne*, 2012, 63, 67).

⁴³ C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, 2013, p. 632.

⁴⁴ Pour les États-Unis, US District Court for the Southern District of New York, 11 juillet 1967, *American Safety Equipment/Hickock*, 271 F. Supp. 961 (S.D.N.Y. 1967), 967 ; pour la Chine, Y. LIN, *Judicial Review of Arbitration*, 2018, p. 214.

⁴⁵ New York Court of Appeals, 18 avril 1968, 21 N.Y.2d 621 (1968), 624.

⁴⁶ US Supreme Court, 18 mars 1985, No. 83-1569, 83-1733, *Mitsubishi/Soler*, 105 S.Ct. 3346 (1985).

⁴⁷ Sur son impact en détail T. CARBONNEAU, *Arb. Int.*, 1986, 116, 131–134.

l'arbitrabilité du droit de la concurrence devrait être limitée en raison de l'effet utile du droit européen, lorsque les tribunaux d'un pays tiers, à savoir la Suisse, ne veillent pas à assurer la conformité des sentences arbitrales au droit européen de la concurrence⁴⁸. Cela met en évidence un problème important : tout État peut à tout moment réassigner les litiges concurrentiels au juge étatique en restreignant l'arbitrabilité⁴⁹. La conformité des sentences arbitrales au droit de la concurrence serait ainsi assurée, car il n'y aurait plus d'arbitrage en droit de la concurrence. Le *private enforcement* par voie d'arbitrage serait impossible. De surcroît, la négation de l'arbitrabilité obligerait les parties à porter tout litige ayant un lien au droit de la concurrence devant le juge étatique, même si elles auraient préféré, à juste titre, le porter devant un tribunal arbitral.

La négation de l'arbitrabilité du droit de la concurrence soulève donc des préoccupations. Elle affaiblit le rôle important des tribunaux arbitraux dans le *private enforcement* du droit de la concurrence. Elle ne conduit pas à plus de conformité au droit de la concurrence, mais serait un pas en arrière dans un monde ouvert à l'arbitrage, où presque tous les ordres juridiques reconnaissent l'arbitrabilité des litiges concurrentiels. Le contrôle de la conformité au droit de la concurrence devrait être laissé à la garde du juge étatique lors de son recours post-arbitral.

2. La nullité de la clause compromissoire pour non-conformité au droit de la concurrence

Il est également possible d'opposer à la convention d'arbitrage la nullité de la clause compromissoire du fait de sa non-conformité au droit de la concurrence. Cela est concevable si la clause compromissoire sert soit à assurer la position dominante d'une entente⁵⁰, soit au moins à renforcer son influence restrictive sur la concurrence⁵¹. Il se peut également qu'une partie, exploitant sa position dominante sur le marché, exige de l'autre partie la signature d'une convention d'arbitrage, ce qui peut être abusif et donc contraire au droit de la concurrence. L'Oberlandesgericht Munich l'a retenu dans l'affaire *Pechstein*, laquelle a suscité un grand intérêt international⁵². En l'espèce, la Cour avait déclaré nulle la convention d'arbitrage entre une patineuse de vitesse et l'Union internationale de patinage. Selon elle, l'Union internationale de patinage avait commis un abus de position dominante en demandant le consentement au recours à l'arbitrage, parce qu'elle avait un poids trop important dans la nomination des arbitres de sorte que le consentement à l'arbitrage n'était plus volontaire. Le Bundesgerichtshof a par la suite réfuté cette argumentation, rejetant le recours en dernière instance⁵³.

Une distinction doit être faite entre les violations directes du droit de la concurrence par la convention d'arbitrage et les cas dans lesquels la convention d'arbitrage est nulle pour d'autres raisons relevant du droit de la concurrence. Il peut être regardé comme

⁴⁸ F. BIEN, « Kartellrechtsdurchsetzung im Schiedsverfahren », in A. Fuchs, A. Weitbrecht (éds.), *Handbuch der privaten Kartellrechtsdurchsetzung*, 2019, n. 212 ; similaire, mais sans lien direct avec l'arbitrabilité G. WAGNER, *ZVG/RWiss*, 2015, 494, 512.

⁴⁹ A. BARRACLOUGH, J. WAINCYMER, *MelbJIntlLaw*, 2005, 205, 214.

⁵⁰ E. STEINDORFF, *WiW*, 1984, 189, 194.

⁵¹ Commission européenne, décision du 2 décembre 1977, 78/59/EWG, *Centraal Bureau voor de Rijwielhandel*, ABL L 20 du 25 janvier 1978, 18-27, 24-25 ; Commission européenne, décision du 3 juin 1975, 75/358/EWG, *Haarden- en Kachelhandel*, JO L 159 du 21.6.1975, 22, 26-27 ; dans ces deux cas, la Commission a explicitement constaté que la clause compromissoire était contraire au droit de la concurrence.

⁵² Oberlandesgericht München, 15 janvier 2015, U 1110/14 Kart, *SchiedsVZ*, 2015, 40 et suiv. ; F. BIEN, R. MORBACH, Arbitrage du sport, Commentaire d'arrêt Oberlandesgericht München 15 janvier 2015, *Pechstein, Concurrences*, n°2-2016, pp. 226-227.

⁵³ Bundesgerichtshof, 7 juin 2016, KZR 6/15, *Pechstein*, *NJW*, 2016, 2266 et suiv.

suffisant que la clause compromissoire rende plus difficile l'application du droit de la concurrence. La « *effective vindication doctrine* » en est une belle illustration. Cette doctrine découle d'un *obiter dictum* de l'arrêt *Mitsubishi*⁵⁴ selon lequel la clause compromissoire ne doit pas faire obstacle à la mise en œuvre des droits reconnus par la loi, notamment dans le domaine du droit de la concurrence. En droit européen, des considérations similaires ont été faites au moyen de l'effet utile. Dans l'affaire *Courage/Creiban*, la CJUE avait établi le principe selon lequel l'applicabilité effective du droit de la concurrence européen est assurée uniquement si toute partie lésée par un acte anticoncurrentiel a la possibilité de demander réparation⁵⁵. Dans sa décision de renvoi dans l'affaire *CDC/Akzo*, le tribunal régional de Dortmund a renvoyé à la CJUE la question de savoir si les clauses compromissoires et les clauses attributives de compétence devaient être prises en compte au regard de l'effet utile, lorsque celles-ci aboutissaient à déroger aux compétences spéciales du règlement Bruxelles I⁵⁶. Toutefois, contrairement aux conclusions de l'avocat général *Niilo Jääskinen*,⁵⁷ la Cour ne s'est pas penchée sur les clauses compromissoires, bien que la question posée les ait incluses. Les conventions d'arbitrage peuvent aussi entraver l'application du droit de la concurrence lorsqu'elles conduisent à la séparation des procédures entre plusieurs parties à un litige concurrentiel parce qu'elles ont été conclues uniquement entre certaines parties de manière individuelle. Le tribunal de commerce de Paris en a tenu compte dans l'affaire *Labinal/Mors*, mais son arrêt a été ensuite annulé par la Cour d'appel de Paris⁵⁸.

Un examen détaillé de la conformité au droit de la concurrence à ce stade a pour avantage, dans le cas d'une clause compromissoire manifestement contraire, d'éviter la constitution d'un tribunal arbitral pour uniquement déclarer la nullité de la convention d'arbitrage en vertu de sa compétence-compétence. Toutefois, cette compétence-compétence est remise en question lorsque le tribunal étatique va au-delà d'un simple examen *prima facie* de la convention d'arbitrage et procède à une analyse complète du droit de la concurrence. Un tribunal étatique devrait donc se limiter à un examen *prima facie* de la convention d'arbitrage. Cette conclusion repose sur le postulat de l'équivalence des procédures devant les tribunaux arbitraux et les juridictions étatiques. Ce n'est que si l'arbitrage est particulièrement discriminatoire à l'égard de l'une des parties que la convention d'arbitrage peut être nulle en raison d'une violation du droit de la concurrence. Il faudrait que cela soit établi par un examen succinct. En cas de doute, il semble plus approprié de laisser aux tribunaux étatiques compétents pour le contrôle de la sentence arbitrale le soin de veiller au respect du droit de la concurrence.

Il est également à présumer que les conventions d'arbitrage ne violent pas l'effet utile, au moins en principe. Si l'on suppose que la juridiction étatique et l'arbitrage sont équivalents⁵⁹, il faut également supposer que les tribunaux arbitraux contribuent à faire respecter le droit européen de la concurrence de la même manière que les tribunaux étatiques. Si le législateur européen ne le supposait pas, il n'aurait pas accordé la priorité

⁵⁴ US Supreme Court, 18 mars 1985, No. 83-1569, 83-1733, *Mitsubishi/Soler*, 105 S.Ct. 3346 (1985), 3359 note 19 ; C. HEINZE, « Antitrust Damages Claims and Arbitration Agreements », in F. Ferrari (éd.), *The impact of EU law on international commercial arbitration*, 2017, 383, 390.

⁵⁵ CJUE, 20 septembre 2001, C-453/99, *Courage/Creiban*, Recueil 2001, I-6314, 26 ; repris par CJUE, 13 juillet 2006, C-295/04, *Manfredi*, Recueil 2006, I-6641, 60.

⁵⁶ CJUE, 21 mai 2015, C-352/13, *CDC/Akzo*, *SchiedsVZ*, 2015, 199, points 62/63.

⁵⁷ Conclusions de l'avocat général N. Jääskinen, 11 décembre 2014, C-352/13, *CDC/Akzo*, 133.

⁵⁸ Cour d'appel de Paris, 1^{ère} ch. A, 19 mai 1993, *Labinal/Mors*, *Rev. arb.*, 1993, 645 et suiv., note C. Jarosson.

⁵⁹ N. HAUBNER, *Formulärmäßige Schiedsvereinbarungen in Verbraucherverträgen*, 2017, p. 165 ; A. TAFELMAIER, *Schiedspruch und staatliche Gerichtsbarkeit*, 2018, p. 268 ; pour l'Espagne, A. PAREDES, *Cahiers de l'arbitrage*, 2008, 206, 208.

d'application à la NYC, donc à l'arbitrage, dans le règlement *Bruxelles Ia*⁶⁰. Si cette supposition est réfutée en l'espèce, c'est-à-dire si le tribunal arbitral méconnaît le droit européen de la concurrence, il suffit d'y remédier dans le cadre du recours post-arbitral. Ce recours s'appuie sur la confiance de la CJUE à l'égard des juridictions des États membres, ainsi que sur un éventuel renvoi en vertu de l'article 267 du TFUE. Il semblerait en revanche prématuré de rejeter d'emblée la validité d'une convention d'arbitrage sur la base du risque théorique de la mauvaise application du droit européen de la concurrence.

3. La portée de la convention d'arbitrage

Il en est autrement si les parties n'ont pas voulu régler leur litige antitrust devant un tribunal arbitral. Si les parties ont un rapport contractuel et bénéficient d'une clause compromissoire, la première question qui se pose est de savoir si la clause est également applicable aux actions non contractuelles. Même si tel est le cas, cela ne signifie pas que le champ d'application de la clause compromissoire s'étende également aux actions antitrust. Il est ainsi peu probable, selon Laurence Idot, qu'une simple clause compromissoire couvre les actions en dommages-intérêts contre un parasite dans un système de distribution sélective⁶¹. Il s'agit ici d'une question de volonté des parties, nécessitant une interprétation de leurs déclarations. En cas de doute, il sera supposé que les parties aient voulu résoudre tous les litiges dans un seul forum⁶². Il serait difficile, à cet égard, de justifier pourquoi les actions antitrust ne seraient pas soumises à l'arbitrage. Cela s'applique en particulier si la convention d'arbitrage ne s'étend pas seulement à la partie cocontractante, mais aussi aux autres parties concernées, par exemple dans le cas d'une chaîne de contrats⁶³. Si, en revanche, la clause compromissoire ne couvre que les demandes contractuelles, il convient d'examiner la proximité des faits concernés à la relation contractuelle. Si un délit commis en violation du droit de la concurrence est lié de façon étroite à la relation contractuelle, il est couvert par la convention d'arbitrage. Lorsque l'applicabilité du délit n'était pas évidente au moment de la conclusion du contrat, même pour des parties prudentes, leur convention d'arbitrage ne s'y applique pas, ce qui leur permet de s'en remettre au juge étatique.

Si la question se pose de savoir si la convention d'arbitrage couvre également les *punitive damages*, le siège de l'arbitrage et les lieux possibles d'exécution doivent être pris en compte. Dans le cas où, par exemple, les parties avaient l'intention de mener la procédure d'arbitrage en Allemagne et d'y exécuter la sentence lorsque la convention d'arbitrage a été conclue, on peut supposer que les *punitive damages* ne sont pas couverts par la convention d'arbitrage. En cas de *treble damages*, courants dans les litiges concurrentiels aux États-Unis, cela dépend de la qualification juridique⁶⁴. S'il s'agit de

⁶⁰ Considérant 12 de règlement Bruxelles Ia ; G. WAGNER, *ZVgRWiss*, 2015, 494, 510-511.

⁶¹ L. IDOT, « Contribution au 6^{ème} Annual EC Competition Law and Policy Workshop », in C.-D. Ehlermann, I. Atanasiu (éds.), *European competition law annual*, 2001, 285.

⁶² V. civ. 1^{ère}, 21 octobre 2015, n° 14-25080, *Scamark/Conserverie des Cinq Océans, Cahiers de l'Arbitrage*, 2016, 82 ; contre cet argument A. WEITBRECHT, *SchiedsVZ*, 2018, 159, 161-162.

⁶³ Sur la portée *ratione personae* dans ce cas v. P.-R. RETZBACH, *Mittelbare Drittwirkungen und subjektive Reichweite der Schiedsvereinbarung*, 2020, pp. 130-162.

⁶⁴ W. ABDELGAWAD, *Arbitrage et droit de la concurrence*, 2001, n° 572. L'Oberlandesgericht Frankfurt a au moins supposé que la simple remise d'un recours collectif américain visant à obtenir des *treble damages* ne constituait pas une atteinte à l'ordre public, Oberlandesgericht Frankfurt, 15 mars 2006, 20 VA 7/05, *NJOZ*, 2006, 3575 et suiv.

sanctions pénales, le tribunal arbitral ne peut les imposer⁶⁵, s'il s'agit de dommages-intérêts compensatoires, il est autorisé à le faire⁶⁶.

4. L'application du droit de la concurrence en procédure arbitrale

Lorsque la procédure d'arbitrage est engagée, l'une des parties invoque souvent la nullité d'un contrat à l'encontre des prétentions qui en découlent (usage défensif). C'est seulement dans des cas plus rares qu'une partie intente elle-même une action sur le chef du droit de la concurrence (usage offensif). Indépendamment de cela, le tribunal arbitral peut également appliquer d'office les règles du droit de la concurrence, que les parties l'aient plaidé ou non. Cela vaut également pour les dispositions qui ne découlent pas de la *lex causae*, dans la mesure où celles-ci risquent de faire obstacle à une exécution ultérieure de la sentence arbitrale. Ce droit d'application est souvent affirmé dans la doctrine⁶⁷. Toutefois, il existe un désaccord sur sa base juridique⁶⁸, considérée comme « friable »⁶⁹. La réserve d'ordre public de l'art. V, §2, b) NYC est parfois considérée comme la base juridique d'un droit d'application du tribunal arbitral. Ainsi, le tribunal arbitral pourrait difficilement se voir reprocher la violation de l'ordre public d'une sentence arbitrale s'il n'avait pas les moyens d'y faire face⁷⁰. Le droit d'application est également basé sur le *duty to render an enforceable award*, règle selon laquelle un tribunal arbitral doit veiller à ce que ses sentences arbitrales soient exécutoires. C'est avant tout la position de confiance du tribunal arbitral vis-à-vis des systèmes juridiques dont les règles du droit de la concurrence doivent être respectées, qui parle en faveur d'un droit d'application, même contre la volonté des parties et notamment leur choix de loi applicable. Si les tribunaux arbitraux permettent aux parties à l'arbitrage de contourner les règles impératives applicables en choisissant une autre loi, ils deviennent alors leurs complices⁷¹ et portent atteinte à l'institution même de l'arbitrage, mettant ainsi sa pérennité en péril⁷².

Un tribunal arbitral peut donc appliquer le droit de la concurrence d'office, même contre la volonté des parties. Il devrait également le faire⁷³. Mais est-il obligé de le faire ? Dans l'affaire *Eco Swiss*, la CJUE s'est penchée sur la question⁷⁴. Le Hoge Raad der Nederlanden l'a posée dans le cadre d'un renvoi préjudiciel selon l'article 267 TFUE. La question était de savoir si l'obligation des juridictions étatiques d'appliquer le droit

⁶⁵ R. SCHÜTZE, « § 11 - Internationales Wettbewerbsverfahrensrecht », in W. Gloy, M. Loschelder, W. Erdmann (éds.), *Handbuch des Wettbewerbsrechts*, 4. Éd., 2010, 49.

⁶⁶ W. ABDELGAWAD, *Arbitrage et droit de la concurrence*, 2001, n° 572.

⁶⁷ Selon Yves Brulard et Yves Quintin, le droit d'application d'office est généralement reconnu, Y. BRULARD, Y. QUINTIN, *JInt-Arb*, 2001, 533, 535. Jean-Baptiste Racine affirme cela pour le droit européen de la concurrence, J.-B. RACINE, « Arbitrage et droit matériel européen - Table ronde », in P. Mayer (éd.), *Arbitrage et droit de l'Union européenne*, 2012, 93. Il est également affirmé par R. AMARO, *Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles*, 2014, p. 321, Y. DERAÏNS, « Contribution au 6^{ème} Annual EC Competition Law and Policy Workshop », in C.-D. Ehlermann, I. Atanasiu (éds.), *European competition law annual 2001*, 288, 289-290 et M. BLESSING, *EG / U.S. Kartellrecht in internationalen Schiedsverfahren*, 2002, p. 45.

⁶⁸ Il est simplement objecté à l'existence d'un droit d'application son absence de base juridique, C. LIEBSCHER, « Arbitration of Antitrust Disputes », in E. Gaillard, D. Di Pietro (éds.), *Enforcement of arbitration agreements and international arbitral awards*, 2009, 523, 533.

⁶⁹ R. AMARO, *Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles*, 2014, p. 321.

⁷⁰ E. GAILLARD, *Juris Classeur Droit International* 1996, Fasc. 586-9-1, 114.

⁷¹ Y. DERAÏNS, « Specific Issues arising in the Enforcement of EC Antitrust Rules by Arbitration Courts », in C.-D. Ehlermann, I. Atanasiu (éds.), *European competition law annual*, 2001, 323, 336.

⁷² O. CHUKWUMERIJE, *Choice of law in international commercial arbitration*, 1994, p. 179/180 ; O. LANDO, in H. Bernstein (éd.), *Festschrift für Konrad Zweigert zum 70. Geburtstag*, 1981, 157, 172.

⁷³ International Law Association, *Interim Report on Public Policy As a Bar to Enforcement of Arbitral Awards*, 2000, p. 19.

⁷⁴ CJUE, 1 juin 1999, C-126/97, *Eco Swiss*, Recueil 1999, I-3079. Avec *Mitsubishi* cette affaire est probablement l'une des plus citées concernant la relation entre l'arbitrage et le droit de la concurrence.

de la concurrence, établi dans l'arrêt *Van Schijndel et Van Veen*, s'appliquait également aux tribunaux arbitraux. Dans cette affaire, la CJUE avait décidé que les tribunaux des États membres devaient appliquer le droit de la concurrence, même si aucune des parties ne l'invoquait⁷⁵. Cette fois, la CJUE n'a pas répondu à la question préjudicielle, laquelle demeure alors non résolue. Mais cela ne signifie pas pour autant que l'obligation du tribunal arbitral d'appliquer le droit de la concurrence doit être rejetée. Cette obligation sert non seulement à garantir l'exécution de la sentence arbitrale, mais elle protège également la confiance des États dans l'arbitrage touchant aux affaires antitrust, condition indispensable de la reconnaissance de l'arbitrabilité. Ce n'est que si le tribunal arbitral doit tenir compte non seulement des intérêts des parties mais aussi des systèmes juridiques des États concernés qu'il est équivalent à un tribunal étatique. L'équivalence est une condition existentielle de fonctionnement de l'arbitrage. Pour l'obtenir, les tribunaux arbitraux doivent appliquer d'office le droit de la concurrence.

La portée de cette obligation et ses conséquences juridiques constituent toutefois deux autres questions. Sa portée doit être soigneusement mise en balance avec l'autonomie des parties, les intérêts de l'État et l'économie de la procédure. En fonction de la complexité de l'affaire, il ne peut être attendu d'un tribunal arbitral d'examiner toutes les règles de la concurrence existantes dans le monde, y compris les lois, leurs motivations et la jurisprudence afférente⁷⁶, pour voir si elles peuvent faire obstacle à sa sentence⁷⁷. Étant donné que l'obligation d'application est fondée sur l'obligation du tribunal arbitral de rendre une sentence exécutoire et sur l'équivalence des tribunaux arbitraux et des juridictions étatiques, elle est limitée aux cas où les juridictions étatiques sanctionneraient la non-application au titre de l'ordre public. Elle ne s'étend donc qu'aux règles d'ordre public du lieu de l'arbitrage et des juridictions dans lesquelles l'exécution de la sentence est envisagée, et elle ne s'applique que dans la mesure où la non-application du droit de la concurrence aboutirait à une violation de l'ordre public concurrentiel. L'obligation n'est pas absolue, mais elle peut être soumise par le tribunal arbitral aux autres considérations comme à l'autonomie des parties, à des considérations économiques ou à des intérêts étatiques.

5. Conséquences de la non-application du droit de la concurrence

Si un tribunal arbitral n'applique pas les règles d'ordre public en droit de la concurrence, la sentence est susceptible de ne pas être exécutée en vertu de l'art. V, §2, b) NYC. Au cas où les règles ne seraient pas d'ordre public, leur non-application n'a aucun effet sur la sentence⁷⁸. L'art. V NYC ne permet pas la non-reconnaissance de la sentence dans ce cas. Il en va de même pour la mauvaise application du droit de la concurrence qui n'entraîne pas non plus de conséquences pour la sentence arbitrale.

Pour les parties, la non-application des règles d'ordre public concurrentiel peut avoir des conséquences. Ce sont les parties avant tout qui portent le risque de la mauvaise application de la loi⁷⁹. Pour la partie gagnante, la sentence arbitrale rendue de cette manière est sans valeur si la partie perdante ne se conforme pas volontairement à la

⁷⁵ CJUE, 14 décembre 1995, C-430/93, C-431/93, *Van Schijndel und Van Veen*, Recueil 1995, I-4728, 15.

⁷⁶ A.-S. PAPEIL, « Conflict of overriding mandatory rules in arbitration », in F. Ferrari, S. Kröll (éds.), *Conflict of laws in international arbitration*, 2011, 341, 363.

⁷⁷ Tribunal fédéral suisse, 13 novembre 1998, *ASA Bull.*, 1999, 529, 534.

⁷⁸ F. NIGGEMANN, *SchiedsVZ*, 2005, 265, 270 ; F. KNOEPFLER, *Concurrences*, 2006, 16, 19 ; F. BIEN, « Kartellrechtsdurchsetzung im Schiedsverfahren », in A. Fuchs, A. Weitbrecht (éds.), *Handbuch der privaten Kartellrechtsdurchsetzung*, 2019, n. 154.

⁷⁹ J.-F. POUDRET, C. REYMOND, A. WURZBURGER, *Journal des Tribunaux*, 1981, 67, 120.

sentence, car la sentence ne peut être exécutée en raison de sa violation de l'ordre public. La partie perdante peut également avoir effectué des dépenses considérables dans la procédure d'arbitrage, qui ont ainsi été faites en vain. En n'appliquant pas le droit applicable, le tribunal arbitral dénie aux parties l'accès à la justice⁸⁰.

Les arbitres s'exposent également à des conséquences s'ils rendent une sentence en violation du droit de la concurrence. Ils sont liés aux parties par une relation contractuelle. Le prononcé d'une sentence non exécutoire peut constituer un manquement à leurs obligations contractuelles, ce qui engage leur responsabilité.

Au regard de la responsabilité de l'arbitre, il est nécessaire de tenir compte du rapport de force entre le tribunal arbitral et les parties. Les sanctions relatives aux manquements à l'obligation devraient être appliquées de manière restrictive. Toute erreur d'application de la loi ne peut engager la responsabilité de l'arbitre. Autrement, aucun arbitre ne serait prêt à trancher une affaire complexe et donc susceptible d'erreurs. Pour cette raison, le juge étatique bénéficie souvent d'un traitement privilégié qui limite sa responsabilité personnelle aux cas de mauvaise application intentionnelle de la loi⁸¹. Ce privilège du juge étatique est également incorporé dans le droit de l'arbitrage. De nombreuses règles d'arbitrage prévoient également des limitations à la responsabilité de l'arbitre⁸². Ainsi, la Cour de cassation française a jugé qu'un arbitre n'est personnellement responsable que s'il a commis une « faute personnelle équipollente au dol ou constitutive d'une fraude, d'une faute lourde ou d'un déni de justice »⁸³. Avant de passer à la question de la responsabilité de l'arbitre, il est nécessaire d'établir avec précision le rôle joué par les parties. Si le tribunal arbitral a cédé à la pression des parties, bien qu'il ait fait valoir à plusieurs reprises l'applicabilité du droit de la concurrence, sa responsabilité envers les parties est exclue. À la rigueur, une responsabilité solidaire du tribunal arbitral et des parties à l'égard des tiers est envisageable.

6. Le droit de la concurrence, barrière à la reconnaissance et exécution de la sentence arbitrale

On peut donc constater que de nombreux croisements entre l'arbitrage et le droit de la concurrence se révèlent avant le commencement de la procédure arbitrale et pendant son déroulement. Ces croisements peuvent être rattachés à l'ordre public au sens large. Le concept plus étroit de l'ordre public selon l'art. V NYC correspond aux différentes manifestations que le droit de la concurrence entraîne dans le cadre du recours post-arbitral.

B. Les différentes manifestations de l'ordre public concurrentiel

Lorsque la procédure d'arbitrage s'est terminée par une sentence arbitrale, le droit de la concurrence peut empêcher l'exécution de cette sentence. Tel est le cas si la sentence arbitrale est contraire à l'ordre public concurrentiel au sens étroit de l'art. V, §2, b) NYC. En raison de la diversité des interprétations possibles du concept non défini par la NYC

⁸⁰ *Ibid.*, note 78.

⁸¹ En droit allemand § 839 Abs. 2 S. 2 BGB, en Suisse et en France cela relève du droit prétorien, Tribunal fédéral suisse, 25 septembre 1928, *De Lavallaz/Imboden*, BGE 54 II, 360, 365–366 ; G. CANIVET, J. JOLY-HURARD, *R.I.D.C.*, 2006, 1049, 1070.

⁸² V. art. 41 CCI règlement d'arbitrage 2021, art. 31 LCIA-Arbitration Rules 2020, art. 45 DIS-Schiedsgerichtsordnung 2018.

⁸³ Civ. 1^{ère}, 15 janvier 2014, n° 11-17.196, Bull. civ. 2014 I, 1, 2. Ceci est toujours de jurisprudence constante, v. Cour d'appel de Paris, ch. 2-1, 21 mai 2019, 17/12238, *Blow Pack*.

et de sa réception divergeant selon les systèmes juridiques, différents scénarios doivent être pris en compte.

1. Lois de police du droit de la concurrence

Ainsi, les lois de police du droit de la concurrence peuvent déjà être qualifiées d'ordre public concurrentiel. En France, par exemple, les lois de police sont considérées comme faisant partie intégrante de l'ordre public⁸⁴. Elles sont considérées comme son côté « préventif », tandis que la réserve de l'ordre public est de nature « thérapeutique »⁸⁵. Les règles du droit de la concurrence sont considérées comme des exemples classiques des lois de police⁸⁶. Cela peut être dû au fait que les règles de l'ordre public économique ont donné naissance au concept de la loi de police⁸⁷. Tant la jurisprudence française que la doctrine partent du principe que les règles du droit de la concurrence sont des lois de police⁸⁸. Dans ses détails, cependant, ceci est sujet à controverse. Ainsi, la question est parfois posée de savoir si l'art. 101 TFUE et l'art. 102 TFUE sont des lois de police ou s'ils appartiennent (seulement) à la fonction « thérapeutique » de l'ordre public⁸⁹.

Dans ses conclusions sur l'affaire *Eco Swiss*, l'avocat général Saggio a penché pour la première hypothèse⁹⁰, mais l'arrêt lui-même parle de règles d'ordre public⁹¹. L'ancien art 85 al. 2 du traité CE (l'actuel art. 101 al. 2 TFUE) a été appliqué directement par la CJUE en 1971 dans l'affaire *Béguelin Import* sans que la Cour ait déterminé le droit applicable⁹², bien que (comme le suppose Jürgen Basedow)⁹³ le droit japonais y était *lex causae*. On pourrait en déduire qu'au moins l'art. 101 al. 2 TFUE devrait constituer une loi de police⁹⁴. Sinon, il ne serait pas possible d'expliquer pourquoi la *lex causae* n'a pas joué un rôle dans l'espèce. Ainsi, au moins selon Pierre Mayer, le juge étatique n'est pas tenu de respecter un ordre public étranger, même s'il s'agit de l'ordre public de la *lex causae*, alors qu'il en est autrement pour les lois de police⁹⁵. Cette distinction est toutefois entachée d'incertitude, car il existe de fortes controverses quant à la possibilité et aux conditions de l'application des lois de police⁹⁶. Au fond, il s'agit d'une question de conception de l'ordre public dans un système juridique. Si l'ordre public inclut

⁸⁴ « Normes fortement porteuses d'ordre public », J.-B. RACINE, « Les normes porteuses d'ordre public dans l'arbitrage commercial international », in É. Loquin, S. Manciaux (éds.), *L'ordre public et l'arbitrage*, 2013, 7, 17 ; C. UNGEHEUER, *Die Beachtung von Eingriffsnormen in der internationalen Handelschiedsgerichtsbarkeit*, 1996, p. 130.

⁸⁵ J.-P. KARAKILLO, *Étude de quelques manifestations des lois d'application immédiate*, 1977, n° 447 ; repris par A.-S. PAPEIL, « Conflict of overriding mandatory rules in arbitration », in F. Ferrari, S. Kröll (éds.), *Conflict of laws in international arbitration*, 2011, 341, 355.

⁸⁶ N. BÖRNSEN, *Nationales Recht in Investitionsschiedsverfahren*, 2017, p. 248.

⁸⁷ M. BECKER, *RabelsZ*, 1996, 691, 694.

⁸⁸ Cour d'appel de Paris, 1^{ère} ch. A, 19 mai 1993, *Labinal/Mors*, *Rev. Arb.*, 1993, 645, 650, note C. Jarrosson ; W. ABDELGAWAD, *Arbitrage et droit de la concurrence*, n° 31 ; J.-B. RACINE, *R.I.D.E.*, 2010, 61, 65 ; C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, 2013, p. 818.

⁸⁹ H. MEIDANIS, *E. L. Rev.*, 2005, 95, 98-99.

⁹⁰ « Norme imperative delle regole di concorrenza », Conclusions de l'avocat général A. Saggio du 25 février 1999, C-126/97, Recueil 1999, pp. I-3057-3078, n°36.

⁹¹ CJUE, 1 juin 1999, C-126/97, *Eco Swiss*, Recueil 1999, I-3079, n°37 ; critique Y. Derains, « Contribution au 6^{ème} Annual EC Competition Law and Policy Workshop », in C.-D. Ehlermann, I. Atanasiu (éds.), *European competition law annual*, 2001, 288, 289, 331.

⁹² CJUE, 25 novembre 1971, 22/71, *Béguelin Import*, Recueil 1971, p. 949-951.

⁹³ J. BASEDOW, « Die Verselbständigung des europäischen ordre public », in M. Coester (éd.), *Privatrecht in Europa – Vielfalt, Kollision, Kooperation, Festschrift für Hans Jürgen Sonnenberger zum 70. Geburtstag*, 2004, 291, 301-302.

⁹⁴ J. KLEINHEISTERKAMP, *ICLQ*, 2018, 903, 929.

⁹⁵ P. MAYER, *Rev. arb.*, 1994, 615, 647-648.

⁹⁶ Michael Becker en fournit un aperçu, M. BECKER, *RabelsZ*, 1996, 691, 698.

également des règles de provenance étrangère, il importe peu qu'il les impose en tant que lois de police ou en tant que règles d'un ordre public étranger. Il les impose dans ces deux cas. Le juge étatique n'est pas obligé de distinguer entre les deux, tant qu'il n'y a pas de conflit apparent entre une loi de police et l'ordre public concurrentiel.

2. Ordre public procédural de la concurrence

Parfois, les problèmes du droit de la concurrence sont également perçus comme des questions d'ordre public procédural, comme lorsque le tribunal arbitral omet délibérément de considérer les dispositions du droit de la concurrence. Par exemple, l'institution juridique anglo-américaine du *manifest disregard of the law* prévoit qu'une sentence arbitrale doit être annulée si le tribunal arbitral a commis une erreur manifestement grave dans l'application de la loi⁹⁷. Une violation de l'ordre public procédural est également possible du fait de la méconnaissance de l'effet *res judicata* d'un arrêt rendu dans la même affaire. Le Tribunal fédéral suisse a annulé en 2010 une sentence arbitrale rendue par le Tribunal Arbitral du Sport entre les clubs de football *Atlético Madrid* et *Benfica Lisbonne*⁹⁸. Le litige portait essentiellement sur une créance résultant du transfert d'un joueur. Après l'annulation d'une première sentence arbitrale par le tribunal de commerce du canton de Zurich au motif que le règlement de transfert violait le droit européen et suisse de la concurrence, une deuxième sentence a été rendue sur la base du même règlement. Le Tribunal fédéral suisse a annulé la seconde sentence, considérant qu'elle n'avait pas respecté le jugement du tribunal de commerce et avait donc violé l'ordre public procédural⁹⁹. Il convient toutefois de ne pas confondre ici les questions de procédure de celles touchant au fond. À moins qu'il n'y ait une grave irrégularité de procédure, il convient de renoncer dans ce cas à l'utilisation de l'ordre public procédural.

3. Ordre public matériel de la concurrence

Le cas d'application le plus important de l'ordre public concurrentiel est celui de l'ordre public matériel. Il y est question des dispositions du droit de la concurrence dont la non-application ou la mauvaise application est constitutive d'une violation de l'ordre public. L'ordre public matériel est affecté si une sentence arbitrale viole une règle matérielle du droit de la concurrence ayant un caractère d'ordre public. Cela peut résulter de la condamnation d'une partie à exécuter un contrat contraire au droit de la concurrence¹⁰⁰ ou à des dommages-intérêts si elle ne l'exécute pas. Il est également concevable qu'une partie puisse être condamnée à agir en violation du droit de la concurrence¹⁰¹. Le tribunal étatique doit déterminer quelles règles matérielles du droit de la concurrence sont d'ordre public, en se fondant sur une interprétation de la règle qui en examine notamment la conséquence juridique. Contrairement à une opinion majoritaire dans la jurisprudence et la doctrine¹⁰², les dispositions du droit de la

⁹⁷ « Where some egregious impropriety on the part of the arbitrators is apparent », US Court of Appeals for the 2nd Circuit, 24 juin 2003, No. 02-7238, *Duferco/Klavness*, 333 F.3d 383 (2nd Cir. 2003).

⁹⁸ Tribunal fédéral suisse, 13 avril 2010, 4A_490/2009, BGE 136 III, 345 et suiv.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 352.

¹⁰⁰ Bundesgerichtshof, 25 octobre 1983, KZR 27/82, *Abonnenenwerbung*, BGHZ 88, 314, 319.

¹⁰¹ Bundesgerichtshof, 20 mai 1966, KZR 10/64, *Zimcofot*, GRUR 1966, 576, 578, note H. Lutz ; Bundesgerichtshof, 25 octobre 1966, KZR 7/65, *Schweißbolzen*, GRUR 1967, 378, 380, note H. Lutz. Florian Bien en donne plusieurs exemples, F. BIEN, ZZZP, 2019, 93, 111.

¹⁰² En droit européen de la concurrence TPIUE, 12 décembre 2000, T-128/98, *Aéroports de Paris*, Recueil 2000, II-3933, 241 ; A. WEITBRECHT, *SchiedsVZ*, 2018, 159, 163 ; en droit allemand T. SCHWARZ, *NJW*, 1969, 296, 301 ; en droit français Cour d'appel de Paris, 1^{ère} ch. A, 19 mai 1993, *Labinal/Mors*, *Rev. arb.*, 1993, 645, 649, note C. Jarosson ; en droit italien P. BERNARDINI, « Arbitrabilité, le droit applicable et

concurrence ne sont pas toutes d'ordre public, mais seulement un certain nombre de règles fondamentales le sont. En outre, chaque législation antitrust comporte également des dispositions purement réglementaires ou procédurales qui ne revendiquent pas la validité absolue. Il peut s'agir de règles de compétence, mais aussi d'autres normes procédurales sans contenu juridique substantiel.

Pour déterminer les règles qui relèvent de l'ordre public en droit de la concurrence, il convient de suivre une démarche en quatre étapes qui vise à réduire le canon des règles de droit de la concurrence en question selon le principe d'exclusion, de telle sorte que seules les règles d'ordre public en droit de la concurrence demeurent après la dernière étape de l'examen.

La première étape consiste à vérifier si la disposition examinée possède (au moins partiellement) un contenu réglementaire matériel. Les règles purement procédurales ne font pas partie de l'ordre public matériel en droit de la concurrence. Dans un deuxième temps, il faut se demander si la règle examinée peut être violée par une sentence arbitrale. Le destinataire de la disposition en donne une indication. Seules les dispositions dont les destinataires sont le tribunal arbitral ou les parties sont prises en considération, mais pas les dispositions qui sont adressées exclusivement à l'autorité de concurrence.

Une troisième étape tente de réduire les règles restantes à leurs règles de base respectives, par exemple toutes les clauses d'exemption comme des exceptions à l'interdiction des ententes. Dans une quatrième et dernière étape, chaque règle qui n'a pas encore été exclue doit être examinée pour déterminer si elle est « l'expression du choix fondamental du législateur ». ¹⁰³ Pour ce faire, il faut prendre en compte le contexte systématique de la règle, le processus de sa rédaction et sa finalité.

Les règles fondamentales et donc d'ordre public contiennent notamment l'interdiction des ententes (Art. 101 AEUV, § 1 GWB, Art. L. 420-1 du Code de commerce), l'interdiction des pratiques abusives (Art. 102 AEUV, § 19 Abs. 1 GWB, Art. L. 420-2 Abs. 1 du Code de commerce) et l'interdiction d'exécuter une opération de concentration non autorisée (Art. 7 Abs. 1 FKVO, § 41 Abs. 1 GWB). En droit français, cette dernière institution juridique présente la difficulté que l'art. L. 430-4 ne peut pas être facilement identifiée comme interdiction et que son contenu matériel peut à peine être déduit de son libellé, même si son contenu est comparable à celui des réglementations correspondantes en droit européen et allemand¹⁰⁴. À cet égard, un examen plus approfondi s'impose, qui conduit toutefois à établir que l'art. L. 430-4 du Code de commerce est d'ordre public. De moindre importance, mais appartenant également à l'ordre public sont les articles L. 420-2 al. 2, L. 420-5, L. 420-2-1 et Art. L. 420-2-2 du Code de commerce en droit français, et §§ 21, 29 GWB en droit allemand.

4. Différents ordres publics locaux

Selon l'art. V, §2, b) NYC, un tribunal étatique ne peut opposer à une sentence arbitrale que l'ordre public du for. Dans son propre ordre public, un tribunal étatique peut

l'ordre public », in M. Ball, P. Bernardini, G. Bernini et al. (éds.), *Competition and arbitration law*, 1993, 117, 121 ; en droit de New York New York Court of Appeals, 18 avril 1968, 21 N.Y.2d 621 (1968), 625.

¹⁰³ Bundesgerichtshof, 11 octobre 2018, I ZB 9/18, *SchiedsVZ*, 2019, 150 ; Oberlandesgericht Köln, 4 août 2017, 19 Sch 6/17, *NJOZ*, 2018, 949, 951 ; Oberlandesgericht Frankfurt, 28 mai 2020, 26 Sch 7/19, *BeckRS*, 2020, 21950, n°68.

¹⁰⁴ V. Autorité de la concurrence, décision du 8 novembre 2016, 16-D-24, *Allice*, n°181.

également prendre en considération les infractions aux dispositions étrangères du droit de la concurrence si la sentence y produit des effets anticoncurrentiels. Dans l'affaire *Terra Armata*, le Tribunal fédéral suisse a refusé d'annuler une sentence arbitrale au motif que les droits européen et italien de la concurrence ne relevaient pas de l'ordre public suisse¹⁰⁵. Cette jurisprudence a été confirmée par le Tribunal fédéral suisse dans une décision ultérieure¹⁰⁶.

Si un droit étranger est pris en compte dans un ordre public différent, il s'agit d'un contrôle d'ordre public classique ayant pour particularité d'avoir ses dispositions provenant d'un autre ordre juridique. Toutefois, étant donné qu'un tel contrôle franchit *de facto* la frontière territoriale de l'art. V, §2, b) NYC et est donc en contradiction avec la Convention, les tribunaux étatiques devraient user de retenue dans l'application de la loi étrangère dans leur propre ordre public. Il serait judicieux de ne considérer que les systèmes juridiques et leurs règles antitrust qui ont une pertinence suffisante par rapport aux faits de l'affaire. La doctrine des effets peut ici servir de ligne directrice.

L'ordre public local est complété de façon verticale par un ordre public supranational, correspondant en Allemagne et en France à l'ordre public européen. Son fonctionnement est sujet à débat¹⁰⁷. On affirme qu'il est « à cheval entre l'ordre juridique international et les ordres nationaux »¹⁰⁸. Cela signifie que les États membres, bien qu'ils veillent eux-mêmes au respect de leur ordre public¹⁰⁹, doivent faire respecter les articles 101 et 102 TFUE¹¹⁰.

Le tribunal étatique peut également prendre en considération l'ordre public transnational. Il forme un consensus des ordres publics de tous les États du monde¹¹¹ et décrit donc l'ensemble de leurs valeurs communes. La recherche d'un tel ensemble de valeurs montre la nécessité de créer un cadre de règles fondamentales tout aussi supranational que l'arbitrage international, toujours plus détaché des États individuels¹¹². Cela dit, selon Walid Abdelgawad, les tribunaux arbitraux tranchant les litiges concurrentiels ne devraient jamais, au moins avant le début du millénaire, avoir recours à l'ordre public transnational¹¹³. Le concept demeurerait « à l'état embryonnaire »¹¹⁴. Un consensus international sur l'ensemble de valeurs, nécessaire à la formation d'un ordre public transnational de la concurrence, ne peut être présumé que dans le traitement des ententes constituant des restrictions caractérisées et l'interdiction d'exécuter une opération de concentration non autorisée (*gun jumping*). Il est donc peu probable que l'ordre public transnational devienne un « ordre public mondial » du droit de la concurrence, ce qui est pourtant parfois jugé nécessaire compte

¹⁰⁵ Tribunal fédéral suisse, 8 mars 2006, 4P.278/2005, *Terra Armata*, BGE 132 III, 389, 398.

¹⁰⁶ Tribunal fédéral suisse, 2 juin 2010, 4A_320/2009, *ASA Bull.*, 2010, 822, 833–834.

¹⁰⁷ B. HESS, T. PFEIFFER, *Interpretation of the Public Policy Exception as referred to in EU Instruments of Private International and Procedural Law*, 2011, p. 28.

¹⁰⁸ D. COLOMER, *Concurrences*, 2006, 29.

¹⁰⁹ CJUE, 11 mai 2000, C-38/98, *Renault/Maxicar*, Recueil 2000, I-3009, 28.

¹¹⁰ CJUE, 1 juin 1999, C-126/97, *Eco Swiss*, Recueil 1999, I-3079, 37.

¹¹¹ « International consensus as to universal standards and accepted norms of conduct that must be applied in all fora », ICSID, sentence arbitrale du 4 octobre 2006, ARB/00/7, 139.

¹¹² R. WOLFF, « Public policy, Art. V (2) (b) », in idem (éd.), *New York Convention*, 2012, 402, 495.

¹¹³ W. ABDELGAWAD, *Arbitrage et droit de la concurrence*, 2001, n° 909.

¹¹⁴ C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, 2013, p. 907.

tenu de la mondialisation croissante de l'économie mondiale¹¹⁵. Cela supposerait la conclusion d'un accord international antitrust¹¹⁶.

5. Collision de plusieurs ordres publics

La collision de plusieurs ordres publics applicables est possible sur les plans horizontal, vertical et temporel. Pour les tribunaux étatiques, une collision horizontale de plusieurs ordres publics locaux ne peut se produire que si la réserve d'ordre public de l'art. V, §2, b) NYC affronte la réserve de la non-exécution d'une sentence annulée dans l'État dans lequel elle a été rendue, Art. V, §1, e) NYC. Cela résulte de l'impossibilité pour le tribunal étatique d'opposer à la sentence arbitrale un ordre public différent de celui du for, qui peut parfois contenir des règles étrangères¹¹⁷. Il n'y a pas de conflit si la juridiction étatique applique le droit étranger dans le cadre de son propre ordre public. S'il les considère de même rang, il doit mettre en balance l'un avec l'autre. L'affaire *Parker/Brown* de la Cour suprême des États-Unis en fournit un exemple¹¹⁸. Dans cette affaire, la Cour a estimé que le Sherman Act ne faisait pas obstacle à une réglementation d'un État (protectionniste et donc contraire au Sherman Act), en considérant que les deux règles étaient d'importance égale, même si le Sherman Act, en tant que loi fédérale, aurait dû primer sur la réglementation¹¹⁹. Si le juge considère que les règles étrangères sont de rang inférieur, il ne les appliquera que dans la mesure où elles ne sont pas en contradiction avec ses propres règles d'ordre public, sans mise en balance. En revanche, les tribunaux arbitraux observeront toujours plusieurs ordres publics si la sentence arbitrale doit être exécutée en plusieurs lieux ou si le seul lieu d'exécution n'est pas en même temps le siège de l'arbitrage. Souvent, l'application cumulative de plusieurs ordres publics aboutira au même résultat. Dans le cas contraire, tous les conflits devraient être résolus suivant la *lex causae* ou selon la loi du siège de l'arbitrage ou du lieu d'exécution le plus probable. Les collisions verticales se résolvent en fonction de l'ordre public supérieur respectif. Plus précisément, un ordre public local doit céder la place à l'ordre public supranational ou transnational également applicable. Ceci n'est pas contesté pour l'ordre public supranational et ne soulève pas de difficultés concernant l'ordre public transnational en raison de son faible champ d'application. En cas de collisions temporelles, c'est toujours l'ordre public en vigueur au moment de la dernière décision de justice qui est déterminant.

II. Le contrôle de l'ordre public concurrentiel par le juge étatique

L'objectif du contrôle judiciaire des sentences arbitrales est d'assurer leur conformité au droit de la concurrence, mais aussi de respecter le caractère définitif de la sentence arbitrale et non de la soumettre à une révision au fond. Il découle de la systématique et de la genèse de la Convention de New York que la reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale ne devraient être refusées que dans de rares cas. Si les tribunaux de l'État pouvaient réviser entièrement toute sentence arbitrale, cela prolongerait considérablement le règlement des différends et minerait l'utilité de l'arbitrage pour les parties. L'affaire *Eiskonfekt*, que la Cour fédérale allemande a dû trancher en 1972, en est une illustration¹²⁰. Dans cette affaire, une société française avait engagé une

¹¹⁵ J.-B. RACINE, « Vers un ordre public mondial », in L. Boy, J.-B. Racine, J.-J. Sueur (éds.), *Pluralisme juridique et effectivité du droit économique*, 2011, 419, 426.

¹¹⁶ W. ABDELGAWAD, *R.I.D.E.*, 2001, 161, 196.

¹¹⁷ UK Court of Appeal, 19 février 1998, *Soleimany/Soleimany*, [1999] Q.B. 785, 803.

¹¹⁸ US Supreme Court, 4 janvier 1943, No. 46, *Parker/Brown*, 317 U.S. 341 (1943).

¹¹⁹ *Supremacy clause*, art. 6 §2 Constitution des États-Unis.

¹²⁰ Bundesgerichtshof, 31 mai 1972, KZR 43/71, *Eiskonfekt*, GRUR, 1973, 97 et suiv.

procédure arbitrale contre une société allemande pour dommages-intérêts en raison de la résiliation illicite d'un contrat de fourniture de confiseries glacées. Lorsque l'entreprise française a demandé de déclarer exécutoire la sentence en Allemagne, l'entreprise allemande s'y est opposée en invoquant l'ordre public concurrentiel, qui intervenait car le contrat contenait une clause de répartition du marché horizontale et était alors en violation de l'article 85 CE. Le Landgericht Hamburg a déclaré la sentence exécutoire, l'Oberlandesgericht Hamburg a en revanche rejeté la requête en appel. Dans sa décision en cassation, le Bundesgerichtshof a examiné une grande partie des considérations de la Cour d'appel, très détaillées sur les questions de droit de la concurrence, en particulier sur le marché affecté et sa délimitation, la position des parties sur ce marché, la gravité des effets anticoncurrentiels et une éventuelle exemption. Enfin, elle a annulé l'arrêt de la juridiction inférieure pour vice de procédure et l'a renvoyé pour nouvel examen – six ans après le prononcé de la première sentence arbitrale. Afin d'éviter de tels retards et de respecter le caractère définitif de la procédure arbitrale, une juridiction nationale ne peut pas réviser au fond toute la sentence arbitrale. Dans le même temps, le tribunal étatique doit veiller au respect de l'ordre public du droit de la concurrence. Il doit ajuster ses paramètres de contrôle en conséquence.

A. *Les paramètres du contrôle du juge étatique*

Ici, une distinction doit être faite entre l'objet du contrôle, l'intensité du contrôle¹²¹ et les autres paramètres du contrôle.

1. **L'objet du contrôle**

L'objet du contrôle détermine ce que le tribunal étatique examine dans une sentence arbitrale. Ainsi, son examen pourrait devoir se limiter au dispositif ou ne pas porter du tout sur la sentence elle-même, mais uniquement sur les effets juridiques qu'aurait son exécution. En revanche, le tribunal étatique pourrait soumettre une sentence arbitrale à une évaluation juridique complète ou remettre en question les constatations factuelles sur lesquelles elle est fondée, et même recueillir de nouveaux éléments de preuve. Si un tribunal étatique réexamine tous les faits et toutes les considérations juridiques du tribunal arbitral, cela contredit le principe de la non-révision au fond et retarde la procédure de contrôle de la sentence¹²². Si, en revanche, le tribunal ne peut examiner ni l'un ni l'autre, le contrôle de l'ordre public reste sans effet.

Un exemple du passage d'un contrôle limité à un contrôle étendu est fourni par la jurisprudence allemande. Alors que le *Reichsgericht* au début du XXe siècle se considérait encore comme lié de droit et de fait par la motivation donnée par le tribunal arbitral¹²³, le *Bundesgerichtshof* ne se considère plus lié ni par l'un, ni par l'autre¹²⁴. Une évolution inverse s'est manifestée au départ dans la jurisprudence française. Dans l'affaire *Pyramides*, la Cour de cassation a jugé que le tribunal étatique peut, dans le cadre du recours en annulation, considérer la base factuelle ainsi que l'appréciation juridique de

¹²¹ V. J. JOURDAN-MARQUES, *Le contrôle étatique des sentences arbitrales internationales*, 2017, p. 296.

¹²² Ainsi, selon Johannes Koepf et Agnieszka Ason récemment en Pologne, J. KOEPP, A. ASON, *JIntArb*, 2018, 157, 171. Cela équivaut à un renoncement à l'arbitrabilité, v. US Court of Appeals for the 7th Circuit, 16 janvier 2003, No. 02-2039, *Baxter/Abbott*, 315 F.3d 829 (7th Cir. 2003), 832.

¹²³ Reichsgericht, 24 mars 1936, VII 205/35, *Quotenschacher, JW*, 1936, 1894.

¹²⁴ Bundesgerichtshof, 25 octobre 1966, KZR 7/65, *Schweißbolzen, GRUR*, 1967, 378, 381 ; Bundesgerichtshof, 27 février 1969, KZR 3/68, *Fruchtsäfte, GRUR*, 1969, 501 ; Bundesgerichtshof, 31 mai 1972, KZR 43/71, *Eiskonfekt, GRUR*, 1973, 97 ; Bundesgerichtshof, 29 septembre 1983, III ZR 213/82, *Wertpapier-Mitteilungen* 1983, 1207, 1208 ; Oberlandesgericht Düsseldorf, 21 juillet 2004, VI-Sch (Kart) 1/02, *Wärmetauscher, WuW*, 2006, 281, 282.

la sentence arbitrale lorsqu'il se prononce sur l'incompétence alléguée du tribunal arbitral¹²⁵. La Cour d'appel de Paris a appliqué cette jurisprudence au contrôle de l'ordre public dans plusieurs arrêts¹²⁶. Elle a ainsi estimé dans l'affaire *European Gas Turbines/Westman* qu'elle devait examiner l'ensemble des considérations de fait et de droit lors du recours post-arbitral afin de déterminer si le tribunal arbitral avait correctement appliqué les règles d'ordre public¹²⁷. La Cour d'appel a poursuivi cette ligne dans un premier temps¹²⁸. Dans les affaires suivantes concernant le droit de la concurrence, elle a modifié sa jurisprudence. Elle a refusé d'examiner l'allégation d'une violation du droit de la concurrence dans les affaires *Thalès/Euromissile* et *SNF/Cytec*, car elle aurait dû réviser le raisonnement du tribunal en droit et en fait, ce qui, selon la Cour d'appel, aurait violé le principe de la non-révision au fond de la sentence¹²⁹. Cette tendance s'est inversée dans plusieurs affaires concernant la corruption et le blanchiment d'argent, dans lesquelles la Cour est retournée à l'objet de contrôle non restreint de *Pyramides*. Dans l'affaire *Bauche/Indagro*, la Cour d'appel de Paris a estimé qu'elle pouvait examiner tous les éléments de droit et de fait d'un litige pour se prononcer sur la prétendue incompatibilité avec l'ordre public d'une sentence qui avait reconnu un contrat entaché de corruption¹³⁰. La Cour de cassation a confirmé cette décision¹³¹. La même approche a été adoptée par la Cour d'appel de Paris dans les affaires *Kirghizstan/Belokon*¹³², *MK Group/Onix*¹³³ et *Alstom/Alexander Brothers I*¹³⁴. Bien que la transposition de cette jurisprudence aux affaires concernant le droit de la concurrence reste en question, on peut supposer que l'examen de tous les éléments de droit et de fait d'une sentence arbitrale dans le cas d'une violation prétendue de l'ordre public correspond désormais à la jurisprudence constante des tribunaux français.

Cette jurisprudence peut être accueillie en ce qui concerne le contrôle illimité en droit de la sentence arbitrale. Toutefois, le principe de non-révision au fond impose des modifications. Pour cette raison, des limites à la contrôlabilité sont souvent proposées. Les restrictions fréquemment appliquées au contrôle, telles que la restriction au dispositif de la sentence, au résultat concret de son exécution ou aux faits déjà établis, ont pour effet d'accélérer la procédure, mais ne devraient pas être appliquées de manière rigide. Il paraît plus approprié de concevoir l'objet du contrôle de manière variable afin de l'adapter à la procédure arbitrale respective. Denis Mouralis par exemple distingue trois niveaux de contrôle : le niveau maximum, auquel le tribunal étatique peut examiner les considérations juridiques et l'établissement des faits du tribunal arbitral et peut recueillir de nouveaux éléments de preuve ; un niveau intermédiaire, auquel le tribunal doit accepter le fondement factuel tel quel, mais peut examiner l'évaluation juridique ;

¹²⁵ Civ. 1^{ère}, 6 janvier 1987, *Pyramides*, *Rev. arb.*, 1987, 469, 470 ; Civ. 1^{ère}, 6 octobre 2010, n°08-20563, *Abela*, *Rev. arb.*, 2010, 813, 815.

¹²⁶ Cour d'appel de Paris, 1^{ère} ch. supp., 5 avril 1990, *Courrèges Design/André Courrèges*, *R.C.D.I.P.*, 1991, 580, 586.

¹²⁷ « [...] un contrôle [...] portant en droit et en fait sur tous les éléments permettant notamment de justifier l'application ou non de la règle d'ordre public international », Cour d'appel de Paris, 1^{ère} ch. C, 30 septembre 1993, *European Gas Turbines/Westman*, *Rev. arb.*, 1994, 359, 367.

¹²⁸ Cour d'appel de Paris, 1^{ère} ch. civ., 10 septembre 1998, *Thomson/Brunner*, *Rev. arb.*, 2001, 583, 585 ; Cour d'appel de Paris, 1^{ère} ch. C, 15 juin 2000, *Mittelman/Ribeiro*, *Rev. arb.*, 2001, 805, 809.

¹²⁹ Cour d'appel de Paris, 1^{ère} ch. civ., 18 novembre 2004, 2002/19606, *Thalès/Euromissile*, *JDI*, 2005, 357, 361 ; Cour d'appel de Paris, 1^{ère} ch. C, 23 mars 2006, 04/19673, 04/19710, *SNF/Cytec*.

¹³⁰ Cour d'appel de Paris, ch. 1-1, 27 septembre 2016, 15/12614, *Bauche/Indagro*, *JDI*, 2017, 1369.

¹³¹ Cour de Cassation, 1^{ère} ch. civ., 13 septembre 2017, 16-25657, 16-26445, *Indagro*.

¹³² Cour d'appel de Paris, ch. 1-1, 21 février 2017, 15/01650, *Kirghistan/Belokon*, *JDI*, 2017, 1364, 1366.

¹³³ Cour d'appel de Paris, ch. 1-1, 16 janvier 2018, 15/21703, *MK Group/Onix*, *Cahiers de l'arbitrage*, 2018, 115.

¹³⁴ Cour d'appel de Paris, ch. 1-1, 10 avril 2018, 16/11182, *Alstom/Alexander Brothers I*, *Rev. arb.*, 2018, 574.

et un niveau minimum, auquel seul le résultat concret du tribunal arbitral est examiné afin d'évaluer sa conformité à l'ordre public¹³⁵.

Le choix d'un objet de contrôle variable est bien fondé. Ce contrôle devrait être basé sur un contrôle en deux étapes, que le *Oberlandesgericht Hamburg* a appliqué dans deux cas¹³⁶. Ainsi, les faits établis par le tribunal arbitral ne devraient être remis en question qu'en présence d'indices qu'ils sont incomplets. Toutefois, un tribunal étatique devrait alors également être en mesure de recueillir de nouveaux éléments de preuve.

2. L'intensité du contrôle

L'intensité du contrôle détermine le niveau de gravité de la violation du droit de la concurrence entraînant l'inexécution ou l'annulation d'une sentence arbitrale. Les partisans d'une *minimalist approach* souhaitent un contrôle *a minima* et donc une tolérance élevée aux erreurs. En France, les tribunaux étatiques n'ont refusé de donner exequatur aux sentences arbitrales que lorsqu'une violation « flagrante, manifeste et concrète » des règles du droit de la concurrence était commise¹³⁷. Cette formulation, en particulier le terme « flagrante », a fait l'objet de critiques¹³⁸. Dans l'affaire *Genentech*, la Cour d'appel de Paris a saisi la CJUE d'une affaire relative à l'article 101 TFUE, ce qui a amené l'avocat général Melchior Wathelet à se prononcer sur le critère du contrôle de la « violation flagrante, effective et concrète ». Selon lui, la limitation du contrôle aux « violations flagrantes » était contraire à l'effet utile¹³⁹. La CJUE n'a pas apporté d'éléments de réponse dans son arrêt¹⁴⁰. Dans des arrêts plus récents, quoique ne portant pas sur le droit de la concurrence, la Cour d'appel de Paris n'a expressément mentionné que les critères « effectifs et concrets »¹⁴¹, augmentant ainsi l'intensité du contrôle. La jurisprudence française la plus récente semble toutefois revenir au standard de la « violation manifeste, effective et concrète ». Cette évolution a commencé dans des affaires concernant la corruption avec plusieurs arrêts de la Cour d'appel de Paris¹⁴², dont l'un a été confirmé par la Cour de cassation¹⁴³, mais sans se prononcer sur l'intensité du contrôle. La Cour de cassation a fait de même dans une affaire récente

¹³⁵ D. Mouralis, *JCP G*, 2014, 782, 783.

¹³⁶ *Oberlandesgericht Hamburg*, 12 mars 1998, 6 U 110/97, BeckRS 1998, 06211 ; *Oberlandesgericht Hamburg*, 14 mai 1999, 1 Sch 2/99, OLG-Report Hamburg 2000, 19.

¹³⁷ Cour d'appel de Paris, 1^{ère} ch. civ., 18 novembre 2004, 2002/19606, *Thales/Euromissile*, *JDI*, 132, 2005, 357, 361, note A. Mourre.

¹³⁸ D. GERADIN, *Spain Arbitration Review*, 2016, 133, 148 ; C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, 2013, p. 897 ; C. JARROSSON, « L'intensité du contrôle de l'ordre public », in É. Loquin, S. Manciaux (éds.), *L'ordre public et l'arbitrage*, 2013, 161, 170 ; J.-B. RACINE, « Les normes porteuses d'ordre public dans l'arbitrage commercial international », in É. Loquin, S. Manciaux (éds.), *L'ordre public et l'arbitrage*, 2013, 7, 33 ; L. DELANOY, *Rev. arb.*, 2007, 214 ; É. GAILLARD, *NYLJ*, 5 avril 2007, n°65 ; K. HILBIG, *Das gemeinschaftsrechtliche Kartellverbot im internationalen Handelsschiedsverfahren*, 2006, p. 70.

¹³⁹ Conclusions de l'avocat général Melchior Wathelet, 17.3.2016, C-567/14, 58 ; en sens contraire L. Idot, *CPLD*, 2017, 38, 43.

¹⁴⁰ CJUE, 7 juin 2016, C-567/14, *Genentech*, *GRUR*, 2016, 917 et suiv., note M.-R. McGuire, N. Ackermann.

¹⁴¹ Cour d'appel de Paris, ch. 1-1, 26 février 2013, 11/17961, *Sprecher/Bughsan*, *Rev. arb.*, 2014, 82, 89 ; Cour d'appel de Paris, ch. 1-1, 19 janvier 2016, 15/12349, *Bourbon*, *Cahiers de l'Arbitrage*, 2016, 493. Cependant, civ., 11 septembre 2013, n° 11-17201.

¹⁴² Cour d'appel de Paris, ch. 1-1, 27 septembre 2016, 15/12614, *Bauche/Indagro*, *JDI*, 2017, 1369, 1370 ; Cour d'appel de Paris, ch. 1-1, 29 novembre 2016, 14/17964, *Ukraine/Pao Tatneft*, *Rev. arb.*, 2017, 500, 513 ; Cour d'appel de Paris, ch. 1-1, 16 mai 2017, 15/17442, 15/23790, *JDI*, 2017, 1363, 1364 ; Cour d'appel de Paris, ch. 1-1, 10 avril 2018, 16/11182, *Alstom/Alexander Brothers I*, *Rev. arb.*, 2018, 574 ; Cour d'appel de Paris, ch. 1-1, 28 mai 2019, 16/11182, *Alstom/Alexander Brothers II*, *Dalloz Actualité*, 7.5.2019. Pour un aperçu de l'abondante jurisprudence des tribunaux français en matière de corruption v. E. GAILLARD, *Rev. arb.*, 2017, 805 et suiv.

¹⁴³ Civ.1^{ère}, 13 septembre 2017, n° 16-25657, n° 16-26445, *Indagro*.

concernant les sanctions internationales¹⁴⁴. Une chambre de la Cour d'appel de Paris a récemment appliqué ces mêmes critères¹⁴⁵, tandis qu'une autre chambre a omis d'exiger une « violation manifeste »¹⁴⁶. Les critères à appliquer sont donc encore à déterminer¹⁴⁷. Cela s'applique en particulier à l'intensité du contrôle dans les litiges concurrentiels, étant donné qu'aucune de ces décisions ne concernait l'ordre public en droit de la concurrence. En l'absence d'autres indications, on peut supposer que les tribunaux français exigeront au moins une « violation effective et concrète ». Ainsi, la jurisprudence française adhère encore à la « *minimalist approach* ».

Les partisans de la « *maximalist approach* » demandent une révision de la sentence arbitrale aussi complète que possible. Aux Pays-Bas, la Rechtbank Den Haag a examiné en détail une sentence arbitrale dans l'affaire *Marketing Displays (MDI)/Van Raalte* avec toutes les questions du droit de la concurrence, sans envisager une limitation quelconque de son champ de contrôle¹⁴⁸. La Cour d'appel de Paris a suivi une approche similaire dans l'affaire *European Gas Turbines/Westman*¹⁴⁹, c'est pourquoi cet arrêt est considéré comme un exemple de contrôle d'intensité maximale¹⁵⁰.

Comme l'objet du contrôle, l'intensité du contrôle devrait être variable. Si même de simples contraventions au droit de la concurrence sont considérées comme une violation de l'ordre public, la procédure arbitrale est alors dévalorisée. En revanche, si les infractions graves au droit de la concurrence ne sont pas sanctionnées, en s'appuyant sur le caractère définitif de la sentence et l'efficacité de la procédure arbitrale, l'application des règles de concurrence n'est plus assurée. Il existe des approches intermédiaires, telles que la limitation cristallisée de la jurisprudence allemande aux violations « évidentes » des principes juridiques fondamentaux¹⁵¹. Choisir une intensité de contrôle variable permet d'adapter le contrôle aux besoins du cas de l'espèce. Si, par exemple, une erreur mineure dans l'application du droit de la concurrence entraîne des effets anticoncurrentiels conséquents, une quelconque limitation de l'intensité du contrôle ne devrait pas avoir pour effet d'exclure cette erreur de l'examen. Réciproquement, une erreur substantielle, entraînant seulement des effets négligeables sur la concurrence, ne doit pas nécessairement conduire à la non-exécution de la sentence. Il devrait en être autrement si cela est notamment nécessaire pour des raisons de prévention générale.

En ce sens et en se fondant sur les propositions de Florian Bien sur l'objet du contrôle¹⁵², il convient d'effectuer un contrôle en trois niveaux qui se réduit

¹⁴⁴ Civ. 1^{ère}, 15 janvier 2020, n° 18-18.088, *Fincantieri*, R.C.D.I.P., 2020, 538-537, note L. d'Avout.

¹⁴⁵ Cour d'appel de Paris, ch. 1-1, 30 juin 2020, 17/22515, *Sheikh Faisal*, *Dalloz Actualité*, 29.7.2020, obs. J. Jourdan-Marquez.

¹⁴⁶ Cour d'appel de Paris, ch. 5-16, 3 juin 2020, 19/07261, *TCM*, *Dalloz Actualité*, 29.7.2020, obs. J. Jourdan-Marquez.

¹⁴⁷ L. D'AVOUT, S. BOLLEE, É. FARNOUX, *D.* 2020, 1970, 1981.

¹⁴⁸ Rechtbank Den Haag, 27 mai 2004, KG/RK 2002-979 ; résumé en anglais M. DANOV, *Jurisdiction and judgments in relation to EU competition law claims*, 2011, p. 269 ; résumé en français L. IDOT, *Concurrences*, 2006, 11, p. 12-13.

¹⁴⁹ Cour d'appel de Paris, 1^{ère} ch. C, 30 septembre 1993, *European Gas Turbines/Westman*, *Rev. arb.*, 1994, 359 et suiv.

¹⁵⁰ A.-S. PAPEIL, « Conflict of overriding mandatory rules in arbitration », in F. Ferrari, S. Kröll (éds.), *Conflict of laws in international arbitration*, 2011, 341, 359. Il s'agit, selon Katharina Hilbig, d'un « lapsus », K. HILBIG, *Kartellverbot*, 2006, p. 58-59.

¹⁵¹ Bundesgerichtshof, 6 octobre 2016, I ZB 13/15, *NJW-RR*, 2017, 313, 319 ; Bundesgerichtshof, 28 janvier 2014, II ZB 40/13, *SchiedsVZ*, 2014, 98, 99 ; Oberlandesgericht Köln, 4 août 2017, 19 Sch 6/17, *NJOZ*, 2018, 949, 951 ; Oberlandesgericht Düsseldorf, 29 janvier 2016, I-4 Sch 4/15, *BeckRS*, 2016, 121412, 51.

¹⁵² F. BIEN, *ZZP*, 2019, 93, 110 et suiv.

progressivement en fonction de l'affectation du droit de la concurrence. Si le tribunal arbitral a condamné une partie à un acte interdit par le droit de la concurrence (premier niveau), le juge étatique ne devrait normalement pas reconnaître la sentence. Si l'acte n'est pas interdit mais est néfaste à la concurrence (deuxième niveau), le juge étatique devrait procéder à une mise en balance de l'intérêt concurrentiel et de l'intérêt à la finalité de la sentence. Si le tribunal arbitral ne condamne une partie que sur la base d'un contrat qui enfreint le droit de la concurrence, mais que cette condamnation n'a elle-même pas d'effet anticoncurrentiel (troisième niveau), le juge devrait généralement confirmer la sentence. Pour tenir compte de la variabilité de l'intensité du contrôle, le juge étatique ne devrait cependant considérer ces niveaux que comme des lignes directrices.

3. Autres paramètres de contrôle

Outre l'objet et l'intensité, d'autres paramètres du contrôle peuvent également jouer un rôle. Ainsi, le contrôle de la sentence peut être exclu en tout ou en partie si une partie a renoncé au contrôle judiciaire. Une telle renonciation, aussi appelée « *waiver* », est prévue en droit français à l'art. 1522 du Code de procédure civile depuis la réforme du droit de l'arbitrage de 2011. Cette disposition a été une reprise du droit belge de l'arbitrage¹⁵³ et des dispositions similaires existant en Suisse¹⁵⁴ et en Suède¹⁵⁵. Toutefois, les lois belge, suisse et suédoise n'autorisent des dérogations qu'en l'absence de lien avec le pays en question, c'est-à-dire lorsqu'aucune des parties n'en est ressortissante¹⁵⁶. Le droit français ne prévoit pas une telle restriction à l'art. 1522 du Code de procédure civile, ce qui signifie que le législateur français a innové en la matière¹⁵⁷.

Cependant, l'exclusion complète du contrôle étatique par la dérogation demeure incertaine¹⁵⁸. Dans les dossiers antitrust, le problème peut se poser lorsqu'il existe un déséquilibre entre les parties du fait qu'une partie peut user de son pouvoir de marché afin de contraindre l'autre partie à signer un accord de dérogation. Dans l'affaire *Cañas*, le Tribunal fédéral suisse a statué qu'il n'y a pas renonciation lorsqu'un athlète signe l'accord dans un arbitrage sportif, puisque l'athlète ne signe pas volontairement, mais se soumet « *nolens volens* » au Tribunal Arbitral du sport¹⁵⁹. La ressemblance avec l'affaire *Pechstein* est remarquable. Reste la question de savoir si l'arrêt peut également être appliqué à d'autres cas de disparité contractuelle¹⁶⁰.

Les tribunaux étatiques appliquent une argumentation similaire au « *waiver* » si l'une des parties n'a pas fait valoir – bien que cela ait été possible – au sein de la procédure arbitrale que le contrat était contraire au droit de la concurrence et donc à l'ordre public. Dans ces cas, il est parfois avancé que les parties ont tacitement renoncé à invoquer

¹⁵³ Art. 1718 Code judiciaire, N. BLACKBAY, C. PARTASIDES, M. HUNTER et al. (éd.), *Redfern and Hunter on international arbitration*, 2015, p. 593.

¹⁵⁴ Art. 192 §1 LDIP.

¹⁵⁵ Art. 51 §1 Lag (1999 :116) om skiljeförfarande.

¹⁵⁶ Une version antérieure du Code judiciaire belge a même disposé en l'espèce que l'accès aux tribunaux étatiques était généralement exclu. Il n'était donc même pas nécessaire que les parties parviennent à un accord à cet effet, F.-B. WEIGAND, *Arb. Int.*, 1993, 249, 257.

¹⁵⁷ W. KÜHNER, *SchiedsVZ*, 2011, 125, 131.

¹⁵⁸ A. FURRER, D. GIRSBERGER, D. SCHRAMM, Art. 190 -192 IPRG n° 26. Les auteurs le refusent au moins pour les décisions *ultra vires* du tribunal arbitral et les violations graves des règles de procédure, W. PARK, *Arbitration International*, 1989, 230, 231.

¹⁵⁹ Tribunal fédéral suisse, 22 mars 2007, 4P.172/2006, *Cañas*, BGE 133 III, 235, 244.

¹⁶⁰ Christoph Brunner estime que cela est possible, C. BRUNNER, *AJP/PJA*, 2008, 738, 748 ; d'un autre avis L. LEVY, T. BERSHEDA, « Recent Swiss Developments on Exclusion Agreements », in D. Bray, H. Bray (éds.), *International arbitration and public policy*, 2015, 117, 135.

une violation de l'ordre public¹⁶¹, ou que cela est exclu à cause d'un manquement à la bonne foi¹⁶². La difficulté réside dans le fait que le tribunal étatique ne sera probablement pas en mesure de déterminer au regard de la sentence seule et avec la certitude requise, ce que les parties ont soumis en détail et ce qu'elles ont omis¹⁶³. Ici aussi, il semble préférable de considérer ce manquement dans le cadre d'une intensité de contrôle variable¹⁶⁴. Lorsque le droit de la concurrence n'était pas invoqué pendant la procédure arbitrale, cela pourrait servir d'argument pour ne pas présumer une violation évidente de l'ordre public dans le cas où le tribunal a condamné une partie sur la base d'un contrat anticoncurrentiel. Une portée plus large, par exemple sous forme de forclusion, ne peut pas être attribuée à sa non-invoication devant le tribunal arbitral.

Ici aussi, on peut voir les avantages d'un contrôle variable. Il permet également de tenir compte d'autres facteurs de contrôle, tels que le rapport avec le territoire national ou la Communication concernant les accords d'importance mineure de la Commission européenne sur l'article 101 TFUE¹⁶⁵.

4. Prise en considération de procédures parallèles

Un tribunal étatique doit non seulement déterminer ses propres paramètres de contrôle, mais parfois aussi considérer les procédures parallèles menées devant les autorités de la concurrence ou devant les tribunaux étatiques. Si une autorité de concurrence a légalement établi l'existence d'une violation du droit de la concurrence, le tribunal étatique est tenu par cette constatation, même dans la procédure de contrôle d'une sentence arbitrale¹⁶⁶. Cela ressort déjà de la loi¹⁶⁷. Dans la mesure où il n'y a pas de force obligatoire parce que la décision n'est pas encore définitive ou parce que l'ordre juridique concerné ne prévoit pas une telle force obligatoire, il reste néanmoins un fort effet contraignant. Contrairement à la force obligatoire, cet effet s'étend également à un tribunal arbitral statuant sur la même question.

Si une partie a acquis une position avantageuse à la suite de la décision de l'autorité, elle sera particulièrement intéressée par l'effet contraignant. Mais l'effet peut aussi être bénéfique pour la partie défavorisée par la décision, parce qu'il raccourcit la phase post-arbitrale. Dans l'affaire des *Grands Moulins de Strasbourg*, la contradiction entre la sentence et une décision administrative (pourtant sans rapport avec le droit de la concurrence) a conduit à l'inexécutabilité de la sentence. Elle n'a été corrigée qu'après un long parcours devant les tribunaux étatiques - près de huit ans se sont écoulés entre la sentence arbitrale et la décision du tribunal de dernière instance¹⁶⁸. Toutefois, il faut

¹⁶¹ US Court of Appeals for the 2nd Circuit, 2 septembre 1998, No. 97-7224, *Europcar Italia/Maiellano Tours*, 156 F.3d (2nd Cir. 1998), 310, 315.

¹⁶² R. JAFFERALI, in R. Jafferali, V. Marquette, A. Nuyts (éds.), *Liber Amicorum Nadine Watté*, 2017, 307, 316 ; S.-J. SAMWER, *GRUR*, 1973, 99, 100. La notion d'exclusion semble s'inspirer de la pratique des tribunaux étatiques dans la reconnaissance des jugements étrangers. Critique M. BECKER, *RabelsZ*, 1996, 691, 718–719.

¹⁶³ Bundesgerichtshof, 31 mai 1972, KZR 43/71, *Eiskonfekt*, *GRUR*, 1973, 97.

¹⁶⁴ R. AMARO, *Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles*, 2014, p. 320/321.

¹⁶⁵ Commission européenne, Communication du 30 août 2014, JO. C 291, 2014, 1-4.

¹⁶⁶ R. TRITTMANN, B. KASOŁOWSKY, « EU Competition Law Arguments in International Arbitration : Practical Steps and Strategic Considerations », in G. Blanke, P. Landolt, *EU and US antitrust arbitration*, 2011, 179, 197–198 ; M. GRÜNBERGER, « Bindungswirkung kartellbehördlicher Entscheidungen », in W. Möschel, F. Bien (éds.), *Kartellrechtsdurchsetzung durch private Schadenersatzklagen ?*, 2010, 135, 158.

¹⁶⁷ Art. 9 al. 1 directive 2014/104/UE ; § 33b GWB ; art. L481-2 du Code de commerce.

¹⁶⁸ Civ. 1^{ère}, 15 mars 1988, n° 86-12478, *Grands Moulins de Strasbourg I*, *Rev. arb.*, 1990, 115, 116 ; Cour d'appel de Versailles, chambres réunies, 2 octobre 1989, *Grands Moulins de Strasbourg II*, *Rev. arb.*, 1990, 115, 119 ; confirmé par civ. 1^{ère}, 19 novembre 1991, n° 89-22042, *Grands Moulins de Strasbourg III*, *Rev. arb.*, 1992, 76 et suiv.

garder à l'esprit que la procédure parallèle peut prendre encore plus de temps. Dans l'affaire *Aplix/Velcro*, le tribunal avait suspendu la procédure arbitrale pendant une longue période en attendant le résultat d'une procédure parallèle devant la Commission européenne¹⁶⁹. Le recours en annulation d'*Aplix* pour violation de l'ordre public a été rejeté par la Cour d'appel de Paris en 1993, soit 16 ans après la demande d'arbitrage.

Inversement, une sentence arbitrale ne lie pas une autorité de la concurrence, qui est indépendante et peut également rendre des décisions ayant pour effet de neutraliser les conséquences de cette sentence. Si une partie obtient un bénéfice à la suite d'une sentence arbitrale en contradiction avec le droit de la concurrence, l'autorité de la concurrence peut prélever ce bénéfice¹⁷⁰. Par conséquent, il est sensé pour les tribunaux arbitraux de coopérer avec les autorités de la concurrence pour éviter cela.

Hormis quelques cas exceptionnels, comme la rare intervention de la Commission européenne en tant qu'*amicus curiae* devant des tribunaux arbitraux, il n'existe pas de mécanismes officiels de coopération, même s'il y a parfois des échanges informels. Pourtant, une telle coopération assurerait non seulement la qualité de l'application du droit de la concurrence par les tribunaux arbitraux¹⁷¹, mais renforcerait également la sécurité juridique des parties, lesquelles n'auraient pas à craindre de devoir mener de longues procédures arbitrales seulement pour être ensuite soumises aux sanctions de l'autorité de la concurrence¹⁷². La plupart des arbitres semblent ouverts à la coopération. Ainsi, 61 % des arbitres ayant répondu à l'enquête ont déclaré qu'ils pouvaient s'imaginer coopérer avec les tribunaux étatiques ou les autorités de la concurrence¹⁷³. Néanmoins, il semble peu probable que la volonté de coopérer des autorités de concurrence change à court terme, compte tenu des préoccupations d'engorgement souvent invoquées. Pour un arbitre, il peut quand même valoir la peine d'essayer. En raison de la confidentialité de la procédure d'arbitrage, il est toutefois obligé d'obtenir le consentement des parties avant la prise de contact.

5. Autres mesures de précaution des arbitres et des parties

Afin d'éviter une violation de l'ordre public de la concurrence, tant les tribunaux arbitraux que les parties à un litige antitrust peuvent prendre des mesures préventives autre qu'une coopération avec les autorités de la concurrence. Ces mesures reflètent les paramètres de contrôle du juge étatique en ce sens qu'elles visent à apaiser les soucis éventuels du juge.

Les tribunaux arbitraux peuvent demander l'assistance de juridictions étatiques, par exemple en demandant l'obtention d'une décision préjudicielle de la CJUE en vertu de l'article 267 TFUE. Toutefois, le tribunal étatique n'est pas tenu de répondre à ce souhait. Le tribunal arbitral ne peut poser lui-même une question préjudicielle. Toutefois, cela serait souhaitable¹⁷⁴ parce qu'il contribuerait à l'application globale du

¹⁶⁹ Cour d'appel de Paris, 1^{ère} ch. civ., 14 octobre 1993, *Aplix/Velcro*, *Rev. arb.*, 1994, 164 et suiv.

¹⁷⁰ O. REMIEN, « Europäisches Kartellrecht (Artt. 81 f. EG-Vertrag) als Eingriffsnorm oder ordre public in neueren internationalen Schiedsrechtsfällen », in D. Baetge, J. von Hein, M. von Hinden (éds.), *Die richtige Ordnung – Festschrift für Jan Kropholler zum 70. Geburtstag*, 2008, 869, 875.

¹⁷¹ R. TRITTMANN, « Art. 81 und 82 EGV in der schiedsrichterlichen Praxis », in K.-H. Böckstiegel, M. Blechmann (éds.), *Schiedsgerichtsbarkeit und Kartellrecht*, 2006, 57, 67.

¹⁷² D. MARUGG, S. BURKHALTER KAIMAKLIOTIS, « Parallel Proceedings », in T. Zuberbühler (éd.), *Practical aspects of arbitrating EC competition law*, 2007, 81.

¹⁷³ E. GLUCKSMANN, R. MORBACH, *JIntArb*, 2020, 257, 263.

¹⁷⁴ Ainsi J. BASEDOW, « Contribution au 6^{ème} Annual EC Competition Law and Policy Workshop », in C.-D. Ehlermann, I. Atanasiu (éds.), *European competition law annual*, 2001, 300.

droit de la concurrence¹⁷⁵ ainsi qu'à désengorger les tribunaux étatiques contrôlant les sentences arbitrales. Afin de contrer l'utilisation abusive de ses ressources par les tribunaux arbitraux et les parties arbitrales, crainte par la CJUE, le nombre de questions de renvoi pourrait être limité ou leur qualité assurée par un examen préalable du bien-fondé¹⁷⁶.

Les moyens de la direction de la procédure arbitrale promettent plus de succès. Le tribunal arbitral peut suspendre la procédure lorsqu'une décision de l'autorité de concurrence est imminente. Des mécanismes de contrôle interne au sein d'une institution arbitrale, tels que la procédure de *scrutiny* de la CCI, peuvent également contribuer à assurer la conformité d'une sentence arbitrale au droit de la concurrence. Cependant, la mesure la plus efficace est la rédaction méticuleuse de la sentence arbitrale, traitant toutes les questions concurrentielles qui se posent et les examinant de manière exhaustive, même si elles n'influencent pas le résultat final.

Les parties ont également intérêt à éviter une sentence arbitrale contraire au droit de la concurrence, laquelle entraînerait une perte de temps et des ressources investies dans la procédure arbitrale. Elles ne semblent pas susceptibles de renoncer d'emblée à l'arbitrage antitrust et de donner la préférence à la juridiction étatique, étant donné qu'un manque de compétence de la part des tribunaux arbitraux dans ce domaine ne peut pas être établi en général. Les procédures arbitrales offrent également une plus grande liberté de procédure, ce qui peut être intéressant dans les affaires antitrust, notamment en raison de la procédure de preuve peu formaliste. Toutefois, les parties devraient nommer des arbitres ayant une connaissance suffisante du droit de la concurrence. Lors de la rédaction de la clause compromissoire, les parties doivent s'assurer que celle-ci couvre tous les différends concurrentiels. Pour être sûr, ceci devrait être expressément stipulé dans la clause.

B. *L'efficacité du contrôle du juge étatique*

Il s'avère que l'ordre public en droit de la concurrence va au-delà de la réserve relative à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales prévue à l'art. V, §2, b) NYC. Différentes questions à la frontière entre le droit de la concurrence et l'arbitrage y sont liées et s'influencent mutuellement. Ce qu'ils ont en commun, c'est qu'ils se situent dans la sphère du conflit entre l'autonomie arbitrale et l'intérêt de l'État à l'application du droit de la concurrence.

Ces deux pôles d'intérêt doivent être pris en compte. Si les parties estiment que les tribunaux arbitraux se sentent moins obligés envers celles-ci qu'à l'égard des intérêts de l'État, elles ne régleront plus leurs différends par le biais de l'arbitrage¹⁷⁷. L'arbitrage doit rester attractif pour elles si l'on veut qu'il perdure. Toutefois, sa persistance nécessite également que les États le considèrent comme équivalent à la juridiction étatique. À cette fin, les États doivent pouvoir faire confiance dans l'application de leurs règles impératives par les tribunaux arbitraux. Si cette confiance est rompue, il est à craindre que les États ne laissent plus les tribunaux arbitraux trancher les questions

¹⁷⁵ C. BAUDENBACHER, « Contribution au 6^{ème} Annual EC Competition Law and Policy Workshop », in C.-D. Ehlermann, I. Atanasiu (éds.), *European competition law annual*, 2001, 291, 295.

¹⁷⁶ Assimakis Komninos considère cependant que le renvoi indirect est la meilleure solution, A. KOMNINOS, « Assistance to Arbitral Tribunals in the Application of EC Competition Law », in C.-D. Ehlermann, I. Atanasiu (éds.), *European competition law annual*, 2003, 363, 371.

¹⁷⁷ A. BARRACLOUGH, J. WAINCYMER, *MelbJIntLaw*, 2005, 205, 215.

d'ordre public comme le droit de la concurrence, et qu'ils retirent l'arbitrabilité¹⁷⁸. C'est pourquoi un contrôle *ex post* des sentences arbitrales par la juridiction étatique est nécessaire. Il constitue le moyen le plus important d'assurer le respect du droit de la concurrence¹⁷⁹. En même temps, le contrôle juridictionnel protège « l'intégrité de l'arbitrage » et donc la confiance des parties à l'arbitrage et des États dans celui-ci¹⁸⁰. Si la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Mitsubishi* n'avait pas été convaincue que le tribunal arbitral tiendrait compte des dispositions de la loi Sherman malgré le droit suisse applicable, elle n'aurait probablement pas déclaré le litige comme arbitrable¹⁸¹. Cela remettrait en question l'avenir de l'arbitrage dans le domaine de l'ordre public¹⁸² et menacerait l'arbitrage commercial tout entier¹⁸³.

Ce conflit d'intérêts montre le poids du contrôle de l'ordre public à la charnière entre l'arbitrage et la juridiction étatique. Il est peu concevable d'y renoncer¹⁸⁴. Cela nécessiterait un haut degré d'unification du droit¹⁸⁵ et de la jurisprudence qui en découle. Plus vraisemblablement, il y aura des contre-mouvements qui aggraveront le traitement de l'arbitrage par l'État. Après les vifs débats sur le rôle des tribunaux arbitraux dans l'Accord économique et commercial global (AECG/CETA) et le Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (PTCI/TTIP), il se pourrait que certains systèmes juridiques reviennent à se méfier de l'arbitrage¹⁸⁶. L'arrêt de la CJUE dans l'affaire *Achmea*¹⁸⁷ pourrait être considéré comme l'expression de cette méfiance.

Les tribunaux arbitraux doivent contrer cette méfiance. Ils doivent être conscients de leur rôle d'intermédiaire entre les parties et les États¹⁸⁸. À ce titre, ils sont chargés de la protection de l'ordre public de la concurrence. Ils ne peuvent pas ignorer les règles d'ordre public, même lorsqu'elles ne relèvent pas de la *lex causae*¹⁸⁹. Comme les parties à l'arbitrage elles-mêmes, ils doivent tenir compte de toutes les juridictions dans

¹⁷⁸ P. LANDOLT, *Modernised EC competition law in international arbitration*, 2006, p. 108/109, qui parle de façon placative du « kiss of death for arbitration ».

Similaire W. ABDELGAWAD, *Arbitrage et droit de la concurrence*, 2001, n° 841 ; D. GIRSBERGER, U. WEBER-STECHEER, « Die Einrede der Wettbewerbswidrigkeit vor schweizerischen Schiedsgerichten », in P. Forstmoser, H. Caspar von der Crone (éds.), *Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz*, 1999, 681, 686 ; Y. DERAÏNS, « L'application du droit européen par les arbitres », in R. Briner, *L'arbitrage et le droit européen*, 1997, 67, 77.

¹⁷⁹ L. IDOT, « Arbitration and the Reform of Regulation 17/62 », in C.-D. Ehlermann, I. Atanasiu (éds.), *European competition law annual*, 2003, 307, 321.

¹⁸⁰ H. SONNAUER, *Die Kontrolle der Schiedsgerichte durch die staatlichen Gerichte*, 1992, p. 6/7.

¹⁸¹ O. CHUKWUMERIE, *Choice of law in international commercial arbitration*, 1994, p. 179.

¹⁸² « The fashions for non-national justice and arbitral autonomy, if pushed too far, will ultimately backfire to compromise the integrity of international dispute resolution », W. PARK, *Arbitration International*, 1989, 230, 231.

¹⁸³ W. SHEN, *Rethinking the New York Convention*, 2013, p. 237 ; D. GIRSBERGER, U. WEBER-STECHEER, op. cit., 681, 686 ; J. WERNER, *JIntArb* 1995, 21, 24.

¹⁸⁴ En Bulgarie, le législateur a supprimé la violation de l'ordre public de la liste des motifs de non-reconnaissance des sentences arbitrales dans une réforme de 2017, sans en donner les raisons, M. WIETZOREK, *WiRO*, 2017, 363, 366. Avec une possible explication historique A. LAPTEW, *IPRax* 2004, 495, 496. Critiquant les approches correspondantes dans le droit procédural civil de l'UE D. MARTINY, « Die Zukunft des europäischen ordre public im Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrecht », in M. Coester, *Privatrecht in Europa*, 2004, 523, 541.

¹⁸⁵ A. LAPTEW, *IPRax* 2004, 495, 498 ; F. MATSCHER, *IPRax* 2001, 428, 432.

¹⁸⁶ Sur les sources de cette méfiance dans les années fondatrices des États-Unis U.S. Court of Appeals for the Second Circuit, 2 mars 1942 - No. 170, *Kulukundis Shipping/ Amtorg Trading*, 126 F.2d 978 (2d Cir) 1942.

¹⁸⁷ CJUE, 6 mars 2018, C-284/16, *Achmea*, EuZW 2018, 239 et suiv., note B. Scholtka.

¹⁸⁸ « Juge du commerce international », J.-B. RACINE, « Les normes porteuses d'ordre public dans l'arbitrage commercial international », in É. Loquin, S. Manciaux (éds.), *L'ordre public et l'arbitrage*, 2013, 7, 23.

¹⁸⁹ A.-S. PAPEIL, « Conflict of overriding mandatory rules in arbitration », in F. Ferrari, S. Kröll (éds.), *Conflict of laws in international arbitration*, 2011, 341, 349.

lesquelles les actes des parties ou la sentence à rendre peuvent avoir une répercussion sur la concurrence. Cela devient de plus en plus complexe à mesure que la mondialisation progresse, entraînant des conséquences pour un nombre constamment croissant de juridictions¹⁹⁰. En revanche, les tribunaux arbitraux peuvent accéder à une « enveloppe pleine »¹⁹¹ de doctrine sur l'ordre public en droit de la concurrence, ce qui leur facilite cette tâche.

Si un tribunal arbitral rend néanmoins une sentence contraire au droit de la concurrence, le contrôle étatique de l'ordre public concurrentiel intervient. Mais est-ce qu'il est efficace ? Il n'existe que quelques cas exemplaires pour répondre à cette question. Les sentences arbitrales sont rarement contestées avec succès¹⁹². La non-reconnaissance de la sentence arbitrale est encore plus rarement fondée sur une violation de l'ordre public¹⁹³. À la connaissance de l'auteur, il n'existe aucun exemple de non-reconnaissance pour cause de violation de l'ordre public concurrentiel ni en Suisse ni en France. En Allemagne, il y a quatre exemples, mais ils remontent tous à très longtemps¹⁹⁴.

Toutefois, ni le taux des cas de non-reconnaissance des sentences arbitrales ni l'instrument de l'ordre public concurrentiel lui-même ne déterminent son efficacité. L'ordre public concurrentiel n'est qu'un instrument qui, sous le contrôle du juge étatique, peut ou non être un instrument effectif. Gardiens de l'ordre public¹⁹⁵, les tribunaux étatiques veillent sur le système juridique en utilisant l'ordre public concurrentiel comme une porte. La porte ouverte, les sentences arbitrales étrangères sont reconnues et intégrées dans l'ordre juridique national. La porte fermée, les sentences arbitrales étrangères se voient refuser la reconnaissance et l'exécution. Les juridictions étatiques gardent généralement ouverte la porte pour permettre aux sentences arbitrales étrangères d'entrer dans le système juridique, respectant ainsi leur obligation découlant de l'art. III NYC. Elles ferment la porte seulement lorsque la sentence arbitrale risque d'entraîner une violation substantielle du droit de la concurrence. L'art. V, §2, b) NYC les autorise à le faire. Ce n'est pas la porte elle-même, c'est-à-dire l'ordre public concurrentiel en tant qu'instrument juridique, qui décide de l'efficacité de la protection du droit de la concurrence. L'instrument dans la totalité de ses manifestations et effets démontrés est apte à empêcher que les sentences arbitrales ne violent le droit de la concurrence. L'efficacité de la protection dépend plutôt de la capacité des tribunaux étatiques à utiliser correctement la porte qui est l'ordre public concurrentiel. Si les gardiens ne ferment pas la porte lorsqu'une sentence arbitrale menace d'entraîner une grave violation du droit de la concurrence, ils manquent à leur fonction de protecteurs de l'ordre juridique. S'ils ferment la porte et appliquent l'ordre public concurrentiel même s'il n'y a pas de menace, ils entravent la libre circulation des

¹⁹⁰ OECD Guidelines for multinational enterprises 2011, 58–59.

¹⁹¹ V. F. GÉNY, *supra* note 1.

¹⁹² E. GAILLARD, G. BERMAN, *Guide sur la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, 2017, p. 305.

¹⁹³ « In practice, public policy is often invoked, but seldom applied », B. HESS, T. PFEIFFER, *Interpretation of the Public Policy Exception as Referred to in EU Instruments of Private International and Procedural Law - Study PE 453.189 requested by the European Parliament's Committee on Legal Affairs*, 2011, p. 167.

¹⁹⁴ Oberlandesgericht Celle, 1 novembre 1957, 11 U 78/57, BB 1958, 1107 ; Bundesgerichtshof, 23 avril 1959, VII ZR 2/58, *Flugplatz*, NJW, 1959, 1438 ; Bundesgerichtshof, 25 octobre 1966, KZR 7/65, *Schweißbolzen*, GRUR 1967, 378 ; Bundesgerichtshof, 27 février 1969, KZR 3/68, *Fruchtsäfte*, GRUR 1969, 501.

¹⁹⁵ Y. DERAIS, « L'application du droit européen par les arbitres », in R. Briner (éd.), *L'arbitrage et le droit européen - Actes du Colloque International du CEPANI du 25 avril 1997*, 67, 77 ; R. JAFFERALI, in R. Jafferalli, V. Marquette, A. Nuyts (éds.), *Liber Amicorum Nadine Watté*, 2017, 307, 316.

sentences arbitrales et portent ainsi préjudice à l'ordre juridique comme lieu d'arbitrage et d'échange économique. Là encore, le tribunal étatique utilise mal l'ordre public en droit de la concurrence.

Le fait que de mauvaises utilisations se produisent rarement dans la pratique montre la prudence avec laquelle les juridictions étatiques mettent en balance la finalité de l'arbitrage et la protection de l'ordre juridique concurrentiel. Les exemples de cas présentés montrent que les tribunaux étatiques sont méticuleux dans l'exercice du contrôle de l'ordre public. Si pour une fois elles ne le sont pas, il y a encore les autorités de concurrence qui peuvent annuler les effets de la sentence arbitrale en prenant leurs propres décisions. Contrairement à d'autres domaines du droit de caractère impératif, la bonne application du droit de la concurrence est assurée par une autorité spécialisée, dotée de pouvoirs d'intervention considérables, qui peut agir indépendamment des tribunaux arbitraux et étatiques. Les autorités de la concurrence ressemblent ainsi à une police municipale qui se trouve à l'intérieur des portes de l'ordre juridique et qui peut ramener la sentence qui a échappé aux gardiens de l'ordre public sur le chemin de la vertu. Il y a donc un deuxième garde-fou, lequel ne sera dans la plupart des cas pas nécessaire, car les tribunaux étatiques prennent au sérieux leur fonction de gardien de l'ordre public en droit de la concurrence.

Libres propos

Articles

La loi applicable à la convention d'arbitrage au Royaume-Uni : les enseignements de l'arrêt *Enka**

Mme Marie-Élodie Ancel,
Professeuse à l'Université Paris II Panthéon-Assas

En hommage à Emmanuel Gaillard

« Élémentaire, mon cher Watson ! »
Sherlock Holmes
A.C. Doyle, citation apocryphe

La détermination de la loi applicable à la convention d'arbitrage dans le cas où les parties n'ont pas spécifié, c'est-à-dire désigné expressément, cette loi, est une question qui ne se pose pas en droit français : celui-ci préfère élaborer des règles matérielles fixant le régime de la clause d'arbitrage¹. En droit anglais, en revanche, quand le juge s'interroge sur la validité substantielle, l'interprétation et la portée d'une telle clause, il recherche une loi étatique². Un important arrêt de la Cour suprême du Royaume-Uni rendu le 9 octobre 2020, dans une affaire *Enka v Chubb*³, montre d'ailleurs que cette recherche est menée avec une sorte de perfectionnisme qui force l'admiration, admiration qui peut se teinter d'amusement de ce côté-ci de la Manche. Même si son apport principal a d'ores et déjà été repris dans une autre décision de la Cour suprême⁴, l'arrêt *Enka* a suscité une réaction mitigée. Rendu à la majorité de trois hauts magistrats et assorti de deux opinions dissidentes, cet arrêt est le signe d'une évolution laborieuse et sans doute pas définitive⁵. Pour le montrer, il faut d'abord présenter l'affaire *Enka* elle-même (I.) puis analyser succinctement la décision prise par la majorité des juges de la Cour suprême (II.). Ensuite, il sera possible de se livrer à une appréciation de cette décision (III.) et de tirer quelques conclusions en regard du droit français (IV.).

I. Présentation de l'affaire *Enka*

Pour s'en tenir aux éléments principaux de cette affaire, celle-ci avait pour origine un contrat conclu entre une entreprise turque, Enka, et un partenaire russe⁶. L'exécution de ce contrat s'était déroulée pour l'essentiel en Russie. Ultérieurement, la responsabilité

* Le présent texte appelle deux précisions. De contexte, d'abord : il s'agit de la version rédigée d'une présentation faite à l'invitation de la Société de législation comparée qui, lors de la *Paris Arbitration Week* en septembre 2021, avait organisé un panorama de droit comparé sur le thème de « La loi applicable à la convention d'arbitrage ». L'arrêt *Kabab-Ji SAL v. Kout Food Group*, rendu le 27 octobre 2021, par la Cour suprême du Royaume-Uni, a pu être intégré aux propos ici imprimés. Précision d'intention, ensuite : la présentation se prêtait à un hommage au professeur Emmanuel Gaillard, disparu en avril 2021, en raison de l'intérêt que celui-ci a marqué pour l'étude des différences d'approches et de représentations notamment entre les droits anglais et français de l'arbitrage. Ce parti pris explique le titre du présent texte (v. note 2) et le fait que seuls les écrits d'Emmanuel Gaillard soient cités en référence ci-après.

¹ À propos de l'hypothèse, rarissime, où les parties auraient expressément ou sans équivoque désigné une loi étatique pour régir leur clause, v. Cass. 1^{re} civ., 30 mars 2004, n° 01-14.311, *Uni-Kod* ; CA Paris, 23 juin 2020, RG n° 17/22943, *Kout Food*.

² Sur cette différence entre les droits français et anglais, v. E. Gaillard, « Les vertus de la méthode des règles matérielles appliquées à la convention d'arbitrage (Les enseignements de l'affaire *Kout Food*) », *Rev. arb.*, 2020, p. 701.

³ *Enka Insaat Ve Sanayi AS (Respondent) v OOO Insurance Company Chubb (Appellant)* [2020] UKSC 38, ci-après : UKSC, *Enka*.

⁴ *Kabab-Ji SAL (Lebanon) (Appellant) v Kout Food Group (Kuwait) (Respondent)* [2021] UKSC 48, ci-après : UKSC, *Kout Food* (puisque c'est sous ce nom que l'affaire est connue en France, ayant donné lieu à une sentence rendue à Paris et dont l'annulation a été refusée par la Cour d'appel, v. *supra* notes 1 et 2).

⁵ On trouvera en annexes à ce texte : 1) la reproduction du paragraphe 170 de l'arrêt dans lequel Lords Hamblen et Leggatt, approuvés par Lord Kerr, résument leur position ; 2) la reproduction du paragraphe 257 résumant l'opinion dissidente de Lord Burrows, à laquelle s'est joint Lord Sales.

⁶ *Chubb Russia* était l'assureur dommages du cessionnaire (russe) des droits de ce partenaire.

de la société Enka a été recherchée devant la justice russe. Pour enrayer cette procédure, Enka a alors formé une demande d'injonction anti-poursuite en Angleterre, faisant valoir que le litige était couvert par une clause de règlement des différends prévoyant un arbitrage CCI, avec siège à Londres⁷. Afin de délivrer l'injonction ou non, le point à trancher par les tribunaux anglais était donc celui de savoir si la clause d'arbitrage était valable et applicable au litige. Et pour répondre à ces questions, les juges anglais ont donc cherché par quel « *system of national law* » la clause d'arbitrage était régie⁸, autrement dit, la loi étatique qui la gouvernait.

À cet égard, il est habituel en droit anglais de distinguer trois niveaux dans le raisonnement⁹. La première étape consiste à rechercher si les parties ont choisi expressément la loi régissant leur clause. À défaut, il faut alors rechercher si les parties ont choisi implicitement, tacitement¹⁰, la loi régissant leur clause¹¹. En dernier lieu, en l'absence de tout choix par les parties, il convient de déterminer la loi qui présente les liens les plus étroits avec la clause¹². Il était entendu, dans l'affaire *Enka*, que les parties n'avaient pas choisi expressément la loi applicable à leur clause d'arbitrage. L'attention des juges majoritaires au sein de la Cour suprême s'est donc portée sur les deux derniers niveaux. En particulier, ils ont essayé de préciser dans quelles circonstances il était possible de considérer que les parties avaient choisi tacitement la loi régissant leur clause. Ainsi, la majorité de la Cour a décidé qu'en principe, si des parties *ont choisi* une loi pour régir *leur contrat*, il faut considérer qu'elles *ont tacitement voulu* que la clause d'arbitrage soit régie par la même loi¹³. Sur cette base, la majorité a retenu qu'en l'espèce, les parties n'avaient pas choisi la loi applicable à leur contrat et qu'il était régi objectivement par le droit russe¹⁴. Dès lors, puisque les parties n'avaient pas choisi tacitement la loi applicable à leur clause d'arbitrage, il fallait en arriver à la dernière étape du raisonnement. La majorité de la Cour a alors posé le principe selon lequel la loi qui présente les liens les plus étroits avec la clause est la loi du siège¹⁵, principe qui n'était pas renversé en l'espèce¹⁶. Dans l'affaire *Enka*, la loi anglaise était donc applicable à la clause d'arbitrage, et l'injonction anti-poursuite pouvait être prononcée¹⁷.

II. Analyse de la décision des juges majoritaires

En premier lieu, il faut donner quelques précisions sur l'hypothèse de deuxième niveau : les parties auraient tacitement choisi la loi applicable à leur clause d'arbitrage¹⁸. Chez les juges de la majorité de la Cour suprême, cette recherche de la volonté des parties glisse

⁷ La clause prévoyait plus précisément une phrase préalable de conciliation et, en cas d'échec, le recours à l'arbitrage CCI.

⁸ Dès l'introduction de l'arrêt : UKSC, *Enka*, §§ 1 et 2.

⁹ UKSC, *Enka*, § 27, par alignement sur les règles de conflit de lois anglaises en matière contractuelle.

¹⁰ La traduction du terme *implied* est délicate en français. C'est le terme *tacite* qui est retenu ici car il semble recouvrir différents degrés de certitude et de vraisemblance, v. G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Quadrige/PUF, 2000, V^o Tacite, les définitions allant du « réel bien que non formellement exprimé » au « supposé conforme à la volonté probable ».

¹¹ Annexe 1, § 170, point ii, a), le choix étant donc soit *specified* (point iv, *a contrario*, ce qui correspond au premier niveau du raisonnement), soit objet d'une interprétation (point iii, ce qui correspond au deuxième niveau).

¹² Annexe 1, § 170, points ii, b) et viii.

¹³ Annexe 1, § 170, point iv.

¹⁴ UKSC, *Enka*, §§ 155 et 161, en particulier.

¹⁵ Annexe 1, § 170, point viii.

¹⁶ UKSC, *Enka*, § 169, en particulier.

¹⁷ UKSC, *Enka*, § 186.

¹⁸ V. annexe 1, § 170, points iv à vii.

vite vers la recherche d'une volonté reconstituée à l'aune du raisonnable¹⁹. Techniquement, cependant, cette **volonté hypothétique** découle de présomptions savamment articulées entre elles : une présomption principale et deux contre-présomptions.

La présomption principale²⁰ postule que des parties qui ont choisi la loi de leur contrat ont, ce faisant, voulu choisir cette même loi pour leur clause d'arbitrage²¹. Divers arguments ont été invoqués au soutien de cette présomption²². Certains tiennent à la prévisibilité et aux attentes légitimes des contractants : les parties qui ont choisi la *lex contractus* ne seront pas surprises de la voir s'appliquer à la clause d'arbitrage ; les contractants ne perçoivent probablement pas la nature particulière de la clause d'arbitrage et la séparabilité dont la parent les juristes. D'autres arguments sont relatifs à des exigences de cohérence. Cohérence interne au contrat car des questions telles que l'identité des parties liées ou l'interprétation de la volonté méritent d'être tranchées par la même loi, qu'elles portent sur la substance du contrat ou sur la clause d'arbitrage. Cohérence fonctionnelle aussi car il est préférable de raisonner pour la clause d'arbitrage comme pour les clauses de choix de loi et d'élection de for ; or, ces clauses sont présumées, en droit anglais, être régies par la loi du contrat. À ces arguments vient s'ajouter une préoccupation de simplicité : lorsque la clause de règlement des différends articule une phase amiable puis une phase d'arbitrage (et c'était le cas en l'espèce), il apparaît plus simple de n'appliquer qu'une loi à ces différentes phases. Cette loi unique serait donc la loi du contrat.

Ainsi fondée, la présomption posée en faveur de la loi du contrat est assez forte. En particulier, elle n'est pas renversée par la seule fixation du siège dans un autre pays²³. Par exemple, si les parties au contrat ont choisi de le faire régir par le droit portugais, le droit portugais est présumé applicable à la clause quand bien même celle-ci prévoirait un arbitrage à Paris ou à Londres.

La Cour suprême instaure cependant deux contre-présomptions qui peuvent conduire à considérer que les parties, bien qu'ayant choisi leur *lex contractus*, ont tacitement choisi la loi du siège pour leur clause d'arbitrage. Il en va ainsi d'abord si la loi du siège considère qu'elle s'applique non seulement à l'instance arbitrale, en tant *lex arbitri* (*curial law*) mais aussi à la convention d'arbitrage²⁴. En effet, d'après la Cour, en fixant le siège sur le territoire d'un tel pays, les parties sont censées avoir accepté que leur clause aussi soit régie par la loi du siège. Ensuite, l'application de la loi du contrat est également repoussée si elle risque d'invalider ou de priver d'effet la clause d'arbitrage²⁵. Ici, c'est

¹⁹ UKSC, *Enka*, § 32, ce qui est corrélé avec le refus du droit anglais de prendre en compte le comportement ultérieur (*subsequent conduct*) des parties. Sur ce point, le contraste est saisissant avec le droit français. V. E. Gaillard, art. précité, spéc. p. 711 et s., qui oppose le « réalisme économique » français au « formalisme juridique » anglais. Ceci posé, ce formalisme n'empêche pas les tribunaux anglais de développer de nombreuses analyses et *inférences* selon une casuistique touffue. La Cour suprême dans l'arrêt *Enka* tente de brider cette casuistique — et le fait insuffisamment aux yeux des juges dissidents.

²⁰ Annexe 1, § 170, point iv.

²¹ UKSC, *Enka*, §§ 43-54.

²² UKSC, *Enka*, § 53.

²³ Annexe 1, § 170, point v.

²⁴ Annexe 1, § 170, point vi, a). La Cour suprême cite en ce sens les législations suédoise et écossaise qui, d'une part, entendent, respectivement, s'appliquer aux arbitrages avec siège en Suède ou en Ecosse et, d'autre part, font régir la convention d'arbitrage par la loi du siège, à défaut de choix contraire des parties : UKSC, *Enka*, §§ 70-71.

²⁵ Annexe 1, § 170, point vi, b).

the validation principle (au sens de principe de l'effet utile) qui intervient²⁶ et justifie que l'on se tourne vers la loi du siège si celle-ci valide la clause ou la considère efficace.

En second lieu et subsidiairement, si les parties n'ont fait aucun choix, ni exprès ni présumé, quant à la loi applicable à la clause d'arbitrage, il n'est plus question de rechercher leur volonté. À ce troisième niveau du raisonnement d'ensemble, il n'y a pas d'autre solution que de déterminer la loi régissant la clause par application d'une *rule of law*²⁷. Le plus souvent, celle-ci désignera, pour la majorité des juges de la Cour suprême, la loi du siège, présentée comme la loi qui présente **les liens les plus étroits** avec la clause²⁸. Entendons-nous bien, cette désignation ne repose pas sur l'idée monocalisatrice, préwestphalienne, que l'arbitrage serait intégré au système judiciaire du pays où se trouve le siège du tribunal arbitral²⁹. Cette idée, si elle a pu marquer le droit anglais à une certaine époque, n'a plus cours. Elle serait d'ailleurs en porte-à-faux avec la liberté que le droit anglais reconnaît aux parties de choisir la loi de la clause et avec la place qu'il fait à un choix tacite. Pour les juges majoritaires, il s'agit plutôt, en recourant à la loi du siège, d'assurer la continuité de l'application du droit anglais, non seulement pertinente pour contrôler les sentences rendues en Angleterre³⁰, mais aussi étendue en amont pour régir la clause d'arbitrage fixant le siège du tribunal sur le territoire national³¹. De plus, la place faite à la loi du siège participe, selon les juges majoritaires, de l'harmonie internationale des solutions qu'ils pensent incarnée notamment par la Convention de New York (article V(1)(a))³² et le *Third Restatement of the US Law of International Commercial and Investor-State Arbitration*³³.

On l'a vu, dans l'affaire *Enka*, c'est finalement à la loi du siège que parvient la majorité des juges. À leurs yeux, les parties n'avaient pas choisi la loi applicable à leur contrat, ni expressément ni tacitement, si bien que l'on ne pouvait inférer aucun choix tacite pour la clause d'arbitrage. Placé au troisième niveau du raisonnement, le droit anglais était donc applicable à la clause en tant que loi du siège.

III. Appréciation de la décision des juges majoritaires

Un premier commentaire s'impose : dans cette opération de recherche de la loi que les parties auraient tacitement choisie pour régir leur clause d'arbitrage, le raisonnement mis en place par les juges de la majorité de la Cour suprême est particulièrement

²⁶ UKSC, *Enka*, §§ 95-109. La Cour suprême, dans son arrêt *Kout Food*, a cependant précisé que ce principe ne peut pas permettre de déterminer si un non-signataire est lié par la clause d'arbitrage (UKSC, *Kout Food*, §§ 49-52).

²⁷ UKSC, *Enka*, §§ 118, à la différence d'un "process of contractual interpretation".

²⁸ V. annexe 1, § 170, point viii.

²⁹ Sur cette représentation de l'arbitrage, v. E. Gaillard, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, Rec. Cours Académie La Haye, 2008, n° 11 et s.

³⁰ Illustrant cette continuité de traitement, la Cour suprême, par son arrêt *Kout Food*, statue sur une sentence rendue à Paris et juge que la reconnaissance et l'exécution doivent lui être refusées sur le fondement de la Convention de New York et de l'*Arbitration Act 1996* : pour parvenir à cette conclusion la Cour a dû déterminer la loi applicable à la clause d'arbitrage et elle l'a fait en s'appuyant sur § 170 de l'arrêt *Enka* (UKSC, *Kout Food*, §§ 35-36).

³¹ UKSC, *Enka*, §§ 135-136 et 141, en particulier.

³² Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, 1958, art. V(1)(a), extrait pertinent : « 1. La reconnaissance et l'exécution de la sentence ne seront refusées, sur requête de la partie contre laquelle elle est invoquée, que si cette partie fournit à l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont demandées la preuve : a) Que (...) ladite convention n'est pas valable en vertu de la loi à laquelle les parties l'ont subordonnée ou, à défaut d'une indication à cet égard, en vertu de la loi du pays où la sentence a été rendue ; (...) ».

³³ UKSC, *Enka*, §§ 125-141.

complexe et subtil. Nombreux sont ceux qui, comme le Docteur Watson, n’y verront rien d’« élémentaire ».

Sur le plan concret, la mise en jeu des deux contre-présomptions³⁴ est délicate et lourde. S’agissant de la première d’entre elles, il faudra, pour écarter la loi du contrat qui aurait été choisie par les parties, examiner le contenu de la loi du siège, différente par définition, et vérifier si elle n’entend pas s’appliquer aussi à la clause d’arbitrage. S’agissant de la seconde contre-présomption, il faudra vérifier, dans les situations où la loi du contrat risquerait de ne pas laisser la clause produire d’effets, si la loi du siège ne serait pas plus favorable. Ces investigations seront certainement source de contentieux.

Sur le plan méthodologique, la quête d’un choix tacite au moyen de ce jeu de présomption et de contre-présomptions repose sur de nombreuses spéculations quant à l’intention des parties. Or ces spéculations peuvent prêter à discussion. Par exemple, il faudrait, d’un côté, — considérer que les parties, en choisissant la loi du contrat, pensent faire un choix global, concernant toutes les clauses du contrat y compris la clause d’arbitrage³⁵, quand bien même ces parties décideraient de fixer le siège du tribunal sur le territoire d’un autre pays ; et d’un autre côté, — admettre qu’en plaçant le siège en Suède ou en Écosse, dont le droit de l’arbitrage entend s’appliquer, dans ces circonstances, non seulement au processus arbitral et à son issue mais aussi à la clause d’arbitrage, les parties auraient tacitement choisi la loi du siège pour qu’elle s’applique à leur clause³⁶. Ces inférences nuancées ne tombent tout de même pas sous le coup de l’évidence.

En outre, la complexité est aggravée quand les parties n’ont pas expressément choisi la loi du contrat³⁷. Dans ce cas, que ce soit en application du règlement Rome I ou du droit international privé anglais, les juges sont conduits à rechercher si les parties ont tacitement choisi la loi du contrat³⁸. Ils se fondent alors sur les stipulations du contrat et les circonstances de l’espèce³⁹. À cette caractérisation d’un choix tacite de la *lex contractus* s’enchaîne la présomption de choix tacite de la loi applicable à la clause d’arbitrage. Or, déterminer, pour un contrat, si les parties en ont tacitement choisi la loi ou bien si elles ne se sont pas entendues sur ce sujet est loin d’être chose facile⁴⁰. L’affaire *Enka* le montre de manière éclatante. Sur la base des mêmes éléments de fait,

³⁴ V. *supra* 2.1.

³⁵ UKSC, *Enka*, § 53, iv).

³⁶ UKSC, *Enka*, § 70.

³⁷ Qui plus est, l’affaire *Kout Food* montre que les juges anglais peuvent être mis en difficulté lorsque les parties ont désigné expressément une loi étatique tout en requérant des arbitres qu’ils appliquent aussi les “*principles of law generally recognised in international transactions*” (UKSC, *Kout Food*, §§ 37-48 ; v. aussi E. Gaillard, art. précité, p. 714-715 sur la motivation de la *Court of Appeal* dans la même affaire). La question est alors de savoir si le choix des parties de faire régir leur contrat par autre chose qu’une seule loi étatique vaut choix par elles de la « loi » qui gouverne leur clause d’arbitrage au sens de la Convention de New York et de l’*Arbitration Act 1996* — ou bien s’il faut considérer qu’elles n’ont fait aucun choix à cet égard, ce qui conduirait le plus souvent à la loi du siège. La Cour suprême réussit à ne pas se prononcer de manière définitive sur ce point embarrassant (UKSC, *Kout Food*, § 47).

³⁸ UKSC, *Enka*, §§ 35 et 159, en particulier.

³⁹ Si ce n’est qu’en droit international privé anglais, le comportement ultérieur des parties ne devrait pas être pris en considération : UKSC, *Enka*, § 159.

⁴⁰ Les juges majoritaires le reconnaissent (UKSC, *Enka*, § 35 : “*the distinction... is not a sharp one*”), de même que Lord Burrows (UKSC, *Enka*, § 256, “*there is a thin line between the two stages*”), qui dénonce les conséquences lourdes que la majorité y attache (UKSC, *Enka*, § 260 : “*That is to rest crucially different consequences on a divide between the choice and default stages of the Rome I Regulation and between the second and third stages of the common law approach in a way that, with respect, I do not believe to be justified in principle*”), et Lord Sales (UKSC, *Enka*, § 267 : “*there is not necessarily a sharp distinction between an express choice of law and an implied choice of law*” ; v. aussi §§ 281-283).

les juges majoritaires ont considéré que les parties n'avaient choisi aucune loi pour régir leur contrat, même tacitement, ce qui les a conduits à passer au troisième niveau et à faire régir la clause par la loi anglaise, loi du siège de l'arbitrage. Les juges minoritaires, eux, se sont dits convaincus que les parties avaient tacitement décidé de faire régir leur contrat par le droit russe et ils en ont conclu que celui-ci devait donc régir la clause d'arbitrage⁴¹. C'est que la frontière est fine entre un choix de loi tacite et une absence de choix qui requiert que la *lex contractus* soit déterminée sur la base des seules circonstances objectives de la cause. Mais cette frontière fine est justement déterminante dans le dispositif des juges de la majorité de la Cour suprême, ce qui est source d'instabilité et de fragilité⁴².

Un autre commentaire peut être fait sur un plan plus substantiel. Il s'agit de relever la grande sensibilité du droit anglais aux liens qui unissent la clause d'arbitrage et le contrat⁴³. Comme ces liens sont complexes, il en résulte des solutions complexes.

La prémisse fondamentale dans la solution retenue par la Cour suprême est que la clause d'arbitrage est certes singulière mais que cette singularité n'est pas totale. Ainsi, le droit anglais connaît le principe de séparabilité⁴⁴ et admet que la clause puisse être régie par une loi qui lui est propre⁴⁵. Pour autant, la détermination de la loi de la clause continue d'obéir aux règles de conflit de lois prévues pour les contrats⁴⁶, qui consistent à reconnaître aux parties la liberté de choisir la loi qui régira leur clause et, à défaut, à recourir à la loi qui présente les liens les plus étroits avec cette clause. Aucune méthodologie particulière ne mérite donc d'être forgée : ce sont toujours des règles de conflit de lois qui sont mobilisées pour déterminer la loi régissant le contrat et la loi régissant la clause d'arbitrage. En outre, quand il s'agit de rechercher si les parties ont tacitement choisi la loi applicable à leur clause d'arbitrage, la Cour suprême voit dans cette entreprise une question d'interprétation de la volonté des parties somme toute banale : la méthode qu'elle préconise pour déterminer si un tel choix a été fait est celle utilisée en droit anglais pour l'interprétation de la volonté contractuelle⁴⁷. Dans ces conditions, le juge anglais, en application de cette méthode, interprétera la clause d'arbitrage et le contrat ensemble et de la même manière⁴⁸. Dans la représentation anglaise, la clause d'arbitrage et le contrat forment une sorte d'unité psychologique et

⁴¹ UKSC, *Enka*, §§ 200-205 et 260.

⁴² Défauts auxquels peut s'ajouter une mauvaise application par le juge anglais de la loi étrangère qu'il considère applicable à la clause : emblématique sur ce point, v. l'affaire *Dallab* (UKSC, 3 nov. 2010, [2010] UKSC 46 et CA Paris, 17 févr. 2011, RG n° 09/28533) et E. Gaillard, pointant l'interprétation « *more britannico* » du droit français, discussion avec Lord Mance, conférence de la Société de législation comparée, 16 déc. 2016, <https://www.youtube.com/watch?v=4h1DOjItObw>.

⁴³ Cette sensibilité est si prononcée chez les juges de la minorité de la Cour suprême qu'ils soutiennent qu'à défaut pour les parties d'avoir choisi expressément la loi applicable à la clause d'arbitrage, celle-ci devra, la plupart du temps, être régie par la loi du contrat : v. annexe 2.

⁴⁴ *Arbitration Act 1996*, Section 7.

⁴⁵ Annexe 1, § 170, point i (“the law applicable to the arbitration agreement may not be the same”).

⁴⁶ Annexe 1, § 170, point i, qui vise les “English common law rules” puisque le règlement Rome I (dans la mesure où les tribunaux anglais l'appliquent encore) exclut les conventions d'arbitrage de son champ d'application (art. 1.2, e).

⁴⁷ Annexe 1, § 170, point iii : “Whether the parties have agreed on a choice of law to govern the arbitration agreement is ascertained by construing the arbitration agreement and the contract containing it, as a whole, applying the rules of contractual interpretation of English law as the law of the forum”.

⁴⁸ Comp. UKSC, *Enka*, § 33 : “In our view, it is both consistent with authority and sound in principle to apply English law as the law of the forum to ascertain whether the parties have agreed on the law which is to govern their contract (and, if not, what law governs it in the absence of agreement). To apply any other law for this purpose would introduce an additional layer of complexity into the conflict of laws analysis without any clear justification and could produce odd or inconsistent results” et UKSC, *Enka*, § 34 : “Where the question is whether there has been a choice of the law applicable to an arbitration clause, the relevant English law rules are the common law rules which require the court to interpret the contract as a whole applying the ordinary English rules of contractual interpretation”.

juridique qui ne peut être rompue que dans des cas très limités. On comprend dès lors que la Cour suprême soit portée à considérer que la loi choisie pour régir le contrat constitue l'indice privilégié pour identifier la loi applicable à la clause⁴⁹.

IV. Conclusion en regard du droit français

À ce stade, peut-on tirer quelques enseignements de l'approche anglaise ? *A priori*, une comparaison de l'arrêt *Enka* avec le droit français paraît vaine, si ce n'est pour mesurer à quel point les deux droits diffèrent.

Certes, quelques tendances communes se décèlent. On ne niera pas, par exemple, que le droit anglais de l'arbitrage soit mû par une faveur à l'arbitrage : *the validation principle* le montre, tout comme l'existence des injonctions anti-poursuite qui protègent les clauses prévoyant un arbitrage en Angleterre (quelle que soit, d'ailleurs, la loi applicable à la clause)⁵⁰ ou bien encore la célérité mise à traiter l'affaire *Enka* : 7 mois seulement se sont écoulés entre l'audience devant le premier juge et l'audience devant la Cour suprême⁵¹. On peut aussi observer que l'emprise du siège, jadis très forte dans la pensée juridique anglaise, a presque totalement disparu et que les juges de la Cour suprême sont très conscients de l'évolution qu'a connue l'arbitrage international ces dernières décennies⁵². Mais, dans le même temps, la faveur à l'arbitrage et la relativisation du siège en droit français ont débouché sur des solutions beaucoup plus radicales telles que le principe de validité, les règles matérielles en général, l'effet négatif du principe de compétence-compétence ou l'indifférence au sort de la sentence dans le pays du siège de l'arbitrage.

De là, des différences fondamentales, que l'arrêt *Enka* vient illustrer. S'agissant des liens entre la clause d'arbitrage et le contrat, le droit anglais voit encore largement la clause à travers sa source : le contrat. Cette vision symbiotique du contrat et de la clause l'emporte sur la fonction, juridictionnelle, de cette dernière⁵³. En droit français, au contraire, la fonction juridictionnelle de la clause est si prégnante que, sauf très rares exceptions, le juge français n'examinera la clause qu'après l'achèvement du processus arbitral, quand il contrôlera la sentence.

D'ailleurs, la chronologie des contrôles accuse et incarne les différences entre les deux droits : l'examen approfondi de la clause d'arbitrage par le juge anglais peut se présenter très tôt, avant la sentence et même avant le début de l'instance arbitrale, comme dans l'affaire *Enka*. Dans ces conditions, le juge anglais est en position de déterminer la loi applicable à la clause et, si besoin, la loi du contrat. En revanche, une telle configuration ne se présente jamais en droit français : hormis la détection d'une nullité manifeste ou d'une inapplicabilité manifeste d'une clause d'arbitrage, qui ne repose que sur une lecture en surface, le juge français ne s'interroge sur la validité ou l'efficacité de la clause qu'après le prononcé de la sentence. Alors, le juge français statue dans un contexte très particulier : son contrôle porte sur la sentence et, à travers elle, sur la décision que les arbitres ont prise quant à leur compétence ; mais le juge français ne vérifie pas la

⁴⁹ UKSC, *Enka*, §§ 43-52, en particulier. Soulignant déjà cet aspect, v. E. Gaillard, art. précité, pp. 708-709.

⁵⁰ UKSC, *Enka*, §§ 177-185. Il y a unanimité de la Cour sur ce point : UKSC, *Enka*, § 293. V., toutefois, sur l'intérêt limité de ces injonctions délivrées au soutien de l'arbitrage, E. Gaillard, « Il est interdit d'interdire : Réflexions sur l'utilisation des *anti-suit injunctions* dans l'arbitrage commercial international », *Rev. arb.*, 2004, p. 47, n° 2 et 3.

⁵¹ UKSC, *Enka*, § 24.

⁵² UKSC, *Enka*, § 113-117 ; le point de vue est partagé par les membres de la Cour dissidents (§ 242, Lord Burrows ; § 272, Lord Sales).

⁵³ La Cour a bien sûr conscience de cette fonction mais elle ne la fait pas prédominer : UKSC, *Enka*, § 40.

détermination de la loi applicable à la clause d'arbitrage et, quant à l'identification de la *lex contractus* par les arbitres, elle n'est scrutée qu'à travers le prisme très étroit du respect de la mission du tribunal arbitral. En raison de la structure même des modalités d'intervention des juges anglais et français, leurs regards ne portent pas sur les mêmes objets : tandis que, parfois très en amont, le juge anglais peut se sentir autorisé à rechercher la loi applicable à la clause d'arbitrage et même à se prononcer sur la loi applicable au contrat, le juge français ne statuera qu'en fin de processus et raisonnera toujours, pour citer Emmanuel Gaillard, « directement sur la matière brute que constitue la sentence »⁵⁴.

Par conséquent, le raisonnement conflictualiste tel qu'il est pratiqué par la Cour suprême du Royaume-Uni ne présente pas de pertinence particulière dans le contexte français⁵⁵. À l'inverse, il serait concevable pour la Cour suprême du Royaume-Uni de s'inspirer de la méthode française et de forger des règles matérielles que les juges anglais pourraient appliquer pour statuer, aux divers moments que le droit anglais leur ménage pour ce faire, sur la validité, l'étendue ou l'interprétation de la clause d'arbitrage. D'ailleurs, comme *the validation principle*, les présomptions et contre-présomptions censées permettre d'établir un éventuel choix tacite de la loi applicable à la clause d'arbitrage ont la nature de règles matérielles du for. La Cour suprême démontre d'ailleurs un indéniable talent pour créer de telles règles... En théorie, elle pourrait donc l'exercer pour définir directement le régime substantiel des clauses d'arbitrage. Cependant, puisque le Royaume-Uni a intégré la Convention de New York dans sa législation de manière stricte et sans profiter de l'article VII (1) et que la Cour suprême préconise d'appréhender la clause d'arbitrage de la même manière, quel que soit le moment où le juge anglais est amené à en vérifier la validité ou l'efficacité, il ne faut pas espérer de révolution méthodologique outre-Manche. La méthode conflictualiste y sera sans doute encore longtemps pratiquée, quitte à réviser et reconcevoir les présomptions censées établir un choix tacite de la loi applicable. Les deux rives de la Manche ne sont pas près de se réunir.

Paris, le 1^{er} novembre 2021

⁵⁴ E. Gaillard, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, cours précité, n° 33, p. 54, en sortant la citation quelque peu de son contexte : il s'agissait par là pour l'auteur de marquer l'indifférence du juge étatique face à une décision étrangère relative à la sentence.

⁵⁵ Rapp. E. Gaillard, « Les vertus de la méthode des règles matérielles appliquées à la convention d'arbitrage (Les enseignements de l'affaire *Kout Food*) », art. précité, note 12 : « Il serait (...) erroné de penser que des arbitres siégeant en France pourraient se voir reprocher par la Cour d'appel de ne pas avoir appliqué la méthode des règles matérielles. Ce qui fait l'objet du contrôle [en France], en fait et en droit, autrement dit *de novo*, est le résultat auquel le tribunal arbitral est parvenu sur sa compétence. Ce résultat est, ou non, le fruit d'un raisonnement conflictualiste, les arbitres étant libres du choix de la méthode. En revanche, pour entrer dans l'ordre juridique français, la sentence doit avoir retenu la compétence du tribunal arbitral si le juge français, qui suit sa propre méthode, estime que celui-ci est compétent, ou l'avoir déclinée lorsque le juge français estime qu'aucune convention d'arbitrage valable ne couvre la matière litigieuse ».

Annexe 1 : paragraphe 170 de la décision de la Cour suprême du Royaume-Uni

170. It may be useful to summarise the principles which in our judgment govern the determination of the law applicable to the arbitration agreement in cases of this kind:

- i) Where a contract contains an agreement to resolve disputes arising from it by arbitration, the law applicable to the arbitration agreement may not be the same as the law applicable to the other parts of the contract and is to be determined by applying English common law rules for resolving conflicts of laws rather than the provisions of the Rome I Regulation.
- ii) According to these rules, the law applicable to the arbitration agreement will be (a) the law chosen by the parties to govern it or (b) in the absence of such a choice, the system of law with which the arbitration agreement is most closely connected.
- iii) Whether the parties have agreed on a choice of law to govern the arbitration agreement is ascertained by construing the arbitration agreement and the contract containing it, as a whole, applying the rules of contractual interpretation of English law as the law of the forum.
- iv) Where the law applicable to the arbitration agreement is not specified, a choice of governing law for the contract will generally apply to an arbitration agreement which forms part of the contract.
- v) The choice of a different country as the seat of the arbitration is not, without more, sufficient to negate an inference that a choice of law to govern the contract was intended to apply to the arbitration agreement.
- vi) Additional factors which may, however, negate such an inference and may in some cases imply that the arbitration agreement was intended to be governed by the law of the seat are: (a) any provision of the law of the seat which indicates that, where an arbitration is subject to that law, the arbitration agreement will also be treated as governed by that country's law; or (b) the existence of a serious risk that, if governed by the same law as the main contract, the arbitration agreement would be ineffective. Either factor may be reinforced by circumstances indicating that the seat was deliberately chosen as a neutral forum for the arbitration.
- vii) Where there is no express choice of law to govern the contract, a clause providing for arbitration in a particular place will not by itself justify an inference that the contract (or the arbitration agreement) is intended to be governed by the law of that place.
- viii) In the absence of any choice of law to govern the arbitration agreement, the arbitration agreement is governed by the law with which it is most closely connected. Where the parties have chosen a seat of arbitration, this will generally be the law of the seat, even if this differs from the law applicable to the parties' substantive contractual obligations.
- ix) The fact that the contract requires the parties to attempt to resolve a dispute through good faith negotiation, mediation or any other procedure before referring it to arbitration will not generally provide a reason to displace the law of the seat of arbitration as the law applicable to the arbitration agreement by default in the absence of a choice of law to govern it.

Annexe 2 : paragraphe 257 exprimant le *dissent* de Lord Burrows, auquel s'est joint Lord Sales

257. The reasoning above enables me to state the common law on the proper law of an arbitration agreement (contained in a main contract) in the following straightforward and principled way which (had this view found favour) would have been easy to apply and would have been one way of providing the clarity that Popplewell LJ was rightly seeking:

(i) The proper law of the arbitration agreement is to be determined by applying the three stage common law test. Is there an express choice of law? If not, is there an implied choice of law? If not, with what system of law does the arbitration agreement have its closest and most real connection?

(ii) Where there is an express proper law clause in the arbitration agreement (which is rare) that will be determinative.

(iii) Where there is no such clause, there is a presumption or general rule that the proper law of the main contract is also the proper law of the arbitration agreement. That presumption or general rule can assist the enquiry at any of the three stages of the common law approach. (It is most appropriate to use the language of a presumption where one is considering the parties' choice at the first two stages of the enquiry - ie it is a presumption of the parties' intentions - and to use the language of a general rule where one is considering the third stage of the closest and most real connection.)

(iv) That presumption may most obviously be rebutted, or there is an exception to that general rule, where the standard "validation principle" (of the English conflict of laws) applies ie where the law of the seat (or another relevant jurisdiction) would treat the arbitration agreement as valid whereas the proper law of the main contract would treat the arbitration agreement as invalid (or, as in the *Sulamérica* case, not binding on one of the parties). In very rare cases that presumption would also be rebutted where it is clear that the parties have chosen the law of the seat as the proper law of the arbitration agreement even though there is no express proper law clause in the arbitration agreement.

La diligence requise des organisations internationales : la lente révolution de l'ordre institutionnel international

Mme Aude Brejon,
Docteur en droit international public (Université Paris II Panthéon-Assas)
Chercheur associé au CRDH et au CEDIN

La *due diligence* ou diligence requise¹ est d'appréhension complexe, compte tenu de son caractère polysémique. Cette difficulté tient aux différences de définition des droits internes dont elle est originaire. Les principaux ordres juridiques internes convergent quant au soin, à l'attention et à l'application dans l'exécution d'une obligation² soumise à l'exigence de diligence. Les principales conceptions de la diligence requise en droit interne partagent plusieurs éléments communs puisqu'issues du standard de la personne raisonnable³ qui en constitue la condition *sine qua non*⁴. Elles se rejoignent également quant au lien tenu qu'entretiennent la diligence requise et le risque. Selon le droit anglo-américain de la responsabilité délictuelle, la diligence requise est un devoir lié au risque dans le cadre d'une relation contractuelle ou extracontractuelle. En droit français, elle est envisagée comme devoir général de comportement⁵, précisé majoritairement pour des professions ou des sujets de droit exposés à des risques particuliers⁶. Cependant, la tradition romano-germanique se distingue de celle de *common law* dans l'appréhension de la diligence en prenant en compte des notions voisines telles que l'urgence. Il ressort de cette rapide comparaison que la diligence requise dans les droits internes varie selon les systèmes juridiques même si un socle commun est détectable.

Ces variations se retrouvent en droit international où la diligence requise désigne le plus souvent la vigilance ou le soin requis ou raisonnable dans la réalisation d'une obligation⁷ ; sa violation résulterait dès lors d'une « action insuffisante ou d'une combinaison d'omission et d'actions inabouties »⁸. Selon les sources, mais aussi selon les matières, la diligence requise revêt différentes qualifications : obligation⁹, devoir¹⁰,

¹ Il sera fait emploi ici de manière indistincte des termes de *due diligence* et de diligence requise.

² La diligence est définie dans la littérature anglo-américaine comme une activité vigilante accomplie avec prudence, attention ou soin « *of which there are infinite shades from the slightest momentary thought to the most vigilant anxiety* » (H. CAMPBELL BLACK, *A dictionary of law : containing definitions of the terms and phrases of American and English jurisprudence, ancient and modern : including the principal terms of international, constitutional, and commercial law : with a collection of legal maxims and numerous select titles from the civil law and other foreign systems 1860-1927*, St. Paul, Minn. : West Publishing Co., 1891, p. 868).

³ E. CAMPBELL, E. DOMINIC, S. STADNIK, Y. WU, « Due diligence obligations of international organizations under international law », *International law and politics*, vol. 50, pp. 541-604, p. 582.

⁴ Pour un rappel historique de la *due diligence*, v. S. BESSON, « La *due diligence* en droit international », *RCADI*, Brill, vol. 409, pp. 15-235, pp. 180-205.

⁵ Article 1242 du Code civil.

⁶ V. en ce sens la Résolution du Parlement européen du 10 mars 2021 contenant des recommandations à la Commission sur le devoir de vigilance et la responsabilité des entreprises (2020/2129[INL]).

⁷ CIJ, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, Arrêt, C.I.J. Recueil 2007, p. 43, § 430.

⁸ E. LAGRANGE, « La responsabilité des organisations pour violation d'une obligation de diligence », in SFDI, Journée franco-italienne, *Le standard de due diligence et la responsabilité internationale*, Paris, Pedone, 2018, p. 191.

⁹ V. p. ex., TIDM, *Responsabilités et obligations des États dans le cadre d'activités menées dans la Zone, avis consultatif*, 1^{er} février 2011, *TIDM Recueil 2011*, p. 10

¹⁰ V. Projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses, texte adopté par la Commission à sa cinquante-troisième session, en 2001, Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10), *ACDI*, 2001 vol II(2), p. 165 commentaire sous l'article 3.

norme¹¹, standard¹², principe général¹³, élément de certaines obligations primaires¹⁴, seuil¹⁵, ou encore indicateur de degré d'action et de soin que le sujet de droit doit démontrer par rapport à certaines obligations primaires¹⁶. La doctrine a tendance à qualifier la diligence requise comme un standard qualifiant les obligations primaires du droit international¹⁷, permettant à la notion de s'adapter aux organisations internationales¹⁸ du fait de son caractère flexible¹⁹ et d'assurer son applicabilité. Néanmoins, compte tenu des spécificités de l'ordre juridique international, à savoir une hiérarchisation normative quasi-inexistante et une procédure contentieuse non harmonisée, la qualification de standard ne suppose pas une applicabilité générale comme en droit interne²⁰. La qualification de devoir dont le degré varie selon les sujets de droit qui y sont assujettis semble devoir être privilégiée.

Par conséquent, lorsque les organisations internationales sont soumises à cette nouvelle catégorie normative protéiforme, le bouleversement de l'ordre institutionnel international guette. À la fois symboles et vecteurs de la transformation de la société dans laquelle elles évoluent, ces organisations constituent des « association[s] d'États souverains établie[s] par un accord entre [leurs] membres et dotée[s] d'un appareil permanent d'organes communs ». Certaines d'entre elles, dites « intergouvernementales », sont chargées « de poursuivre la réalisation d'objectifs d'intérêt commun » par une coopération de ses membres²¹. Elles endossent dès lors un double rôle : mettre en œuvre les objectifs établis par ses membres et organiser la coopération interétatique à cette fin. Cette dualité suppose, selon les mandats de chacune de ces organisations, une fonction de direction limitée dans la mise en œuvre du droit international. Toutefois, les organisations internationales intergouvernementales ont longtemps été cantonnées à un simple rôle d'instrument²² dans un système de coexistence pacifique exclusivement construit sur la responsabilité

¹¹ J. CRAWFORD, *Les articles de la CDI sur la responsabilité de l'État*, Paris, Pedone, 2003, p. 15. CIJ, *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)*, Arrêt, 16 décembre 2015, Opinion individuelle du juge *ad hoc* Dugard, § 9.

¹² *Ibid.*

¹³ CIJ, *Affaire du détroit de Corfou*, Arrêt du 15 décembre 1949, *CIJ, Recueil 1949*, p. 258. Selon SAMANTHA BESSON, c'est la figure du *reasonable man*, principe général du droit interne qui semble le plus se rapprocher de la *due diligence* en droit international contemporain, S. BESSON, « La due diligence en droit international », *op. cit.*, n° 4, p. 183.

¹⁴ J. KULESZA, *Due diligence in international law*, Leiden, Brill, 2016, p. 2.

¹⁵ S. CASSELLA, « Les travaux de la commission du droit international sur la responsabilité internationale et le standard de due diligence », in SFDI, journée franco-italienne, *Le standard de due diligence et la responsabilité internationale*, 2018, p. 16. V. S. BESSON, « La due diligence en droit international », *op. cit.*, n° 4, p. 258.

¹⁶ S. FORLATI « L'objet des différentes obligations primaires de diligence : prévention, cessation répression... ? », in SFDI, Journée franco-italienne, *Le standard de due diligence et la responsabilité internationale*, Paris, Pedone, 2018, p. 40.

¹⁷ B. TAXIL, « Chapitre 31 Notions, sources et régimes de responsabilité », in E. LAGRANGE, J.-M. SOREL (dir.), *Droit des organisations internationales, Traité des organisations internationales*, Paris, LGDJ, 2013, p. 1001.

¹⁸ Le standard est défini comme une « expression normative indéterminée dans son contenu qui vise à fournir des critères permettant de concrétiser une règle au moyen d'une évaluation dans des circonstances précises » (S. FORLATI, « L'objet des différentes obligations primaires de diligence... », *op. cit.*, n° 16, p. 39).

¹⁹ S. BESSON, « La due diligence en droit international », *op. cit.*, n° 4, p. 215.

²⁰ V. CIJ, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, *op. cit.*, n° 7. § 429.

²¹ M. VIRALLY, « Définition et classification des organisations internationales : approche juridique », in G. ABI-SAAB (dir.), *Le concept d'organisation internationale*, UNESCO, Paris, 1980, p. 52.

²² J. KLABBERS, « Reflections on Role responsibility: the responsibility of international organizations for failing to act », *The European Journal of International Law*, vol. 28, n° 4, pp. 1133-1161, spéc. p. 1135.

des États. En tant que devoir du souverain raisonnable, la diligence requise par la société internationale s'adresse donc en premier lieu aux États, à la fois créateurs et exécutants principaux de la norme internationale. En revanche, dans des domaines tels que le maintien de la paix et la sécurité internationales, cette société de coexistence a fait place à une société de coopération au sein de laquelle les organisations internationales remplissent des objectifs à long terme, d'intérêt commun, délaissant peu à peu les intérêts collectifs et individuels de leurs créateurs²³. Elles ont, dans cette perspective, peu à peu concurrencé les États dans le processus décisionnel. Les organisations internationales dites « d'intégration », plus rares, ont généralement un *corpus juris* permettant l'intégration de la diligence requise, compte tenu de leur mission « de rapprocher les États qui les composent, en reprenant à leur compte certaines de leurs fonctions, jusqu'à les fondre en une unité englobante dans le secteur où se développe leur activité (...) »²⁴. Il apparaît que les organisations intergouvernementales ne sont pas aussi bien pourvues. En d'autres termes, le corset statutaire de sujet dérivé revêtu par les organisations internationales intergouvernementales s'est avéré trop étroit pour permettre d'exiger qu'elles se comportent avec diligence dans l'accomplissement de leur mandat.

La rencontre des deux sujets polymorphes que sont la diligence requise en droit et les organisations internationales, interroge²⁵. La diligence requise des organisations internationales ne connaît aucune définition ou régime général, compte tenu notamment de la disparité de ces dernières²⁶, bien que déterminante pour « qualifier le comportement (...) d'une organisation internationale dont il s'agira de déterminer le caractère illicite ou non »²⁷. Elle semble en effet dépendre de l'importance des attributions de chaque organisation internationale et de la protection recherchée dans le domaine concerné. Toutefois, compte tenu de leur diversité, les organisations internationales ne peuvent être régies par une exigence initialement dessinée pour des sujets de droit aux traits communs et dans un ordre institutionnel, entendu comme un « ensemble d'institutions ayant une cohérence suffisante pour être capable de survivre, en tant que tel, aux changements de ses éléments individuels », fondé sur ces ressemblances.

Il résulte donc de cette rencontre un double mouvement. Les organisations internationales ont été contraintes de s'adapter à ses exigences **(I)**. De son côté, l'ordre institutionnel a dû également faire l'objet de transformations afin d'accueillir ces organisations diligentes tout en conservant sa cohérence **(II)**.

²³ G. ABI-SAAB, « La reformulation des principes de la Charte et la transformation des structures juridiques de la communauté internationale », in *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement : Mélanges Michel Virally*, Paris, Pedone, 1991, pp. 1-8, pp. 2-3. Pour la distinction entre intérêt commun et intérêts collectifs, v. *infra*.

²⁴ M. VIRALLY, « Approches de l'étude des organisations internationales : Définition et classification : approche juridique », *Revue internationale des sciences sociales*, vol. XXIX, n° 1, 1977, pp. 61-75, p. 65.

²⁵ L'étude menée ici se concentre sur la diligence requise des organisations internationales. Il ne sera donc fait qu'allusion à la diligence requise des États membres.

²⁶ M. FRAPPIER, « Le fait générateur de la responsabilité : Le risque comme alternative à l'illicéité ? », in IHEI, *Grandes pages du droit international, Volume 7, L'illicéité*, Paris, Pedone, 2021, pp. 115-162, p. 142. V. également L. DUBIN, P. BODEAU-LIVINEC, « La responsabilité des institutions internationales dans tous ses états », in L. DUBIN, M. C. RUNAVOT, *Le phénomène institutionnel international dans tous ses états : transformation, déformation ou réformation ?*, Paris, Éditions A. Pedone, 2014, pp. 238-239.

²⁷ P.-M. DUPUY, Y. KERBRAT, *Droit international public*, Dalloz, 13^e édition, Paris, 2018, p. 513.

I. L'adaptation des organisations internationales à la diligence requise

En tant que sujet dérivé de droit international, les organisations internationales ont longtemps bénéficié d'une présomption de respect de la diligence prévue par leurs actes fondateurs²⁸. Or, plusieurs situations contemporaines ont démontré que si les organisations internationales s'acquittaient généralement de leurs missions dans le respect de la diligence requise, cette exigence demeurerait marginale dans leurs actes fondateurs. Le débordement de la notion vers d'autres types de sources ainsi que son caractère flexible a permis à la diligence requise de participer à la responsabilisation des organisations internationales (A). Cette responsabilisation a eu pour conséquence l'initiative de profonds changements tant normatifs qu'institutionnels par les organisations internationales. En d'autres termes, la diligence requise a conduit à une réforme institutionnelle des organisations internationales (B).

A. La responsabilisation des organisations internationales

En tant que sujets dérivés, les organisations internationales n'étaient pas initialement visées par la diligence requise. Toutefois, le développement de la coopération internationale a conduit la société internationale à charger les organisations internationales de la réalisation des « objectifs d'intérêt commun »²⁹ et de la protection des intérêts collectifs et individuels de créateurs. La complexité de cette protection a conduit au développement d'activités assurées par les organisations internationales nécessitant d'être réalisées avec soin. En effet, cette exigence résulte de l'accroissement des activités et des relations extérieures des organisations internationales lesquelles peuvent conduire à des confrontations entre les missions des organisations internationales et les intérêts des autres sujets de droit international. La diligence requise des organisations internationales est aussi une conséquence de ce développement³⁰.

1. Un devoir diffus pour une *accountability* limitée

Il est souvent malaisé de distinguer les diligences requises auxquelles doivent répondre les organisations internationales. En effet, elles dépendent de leurs sources et de leur applicabilité à ces sujets de droit dérivé. Or, identifier la source de la diligence requise permet d'en cerner non seulement l'applicabilité des obligations aux organisations internationales, mais également d'en guider l'application. La diligence requise, en tant que devoir de prudence et de précaution notamment, se rencontre principalement dans les actes constitutifs des organisations internationales³¹, dans des traités auxquels elles sont parties³², comme ceux relatifs aux immunités, au maintien de la paix, ou encore dans les actes des autres organisations internationales. Aujourd'hui, elle se trouve

²⁸ E. LAGRANGE, « La responsabilité des organisations pour violation... », *op. cit.*, n° 8, p. 16. V. S. BESSON, « La due diligence en droit international », *op. cit.*, n° 4, p. 194.

²⁹ V. *supra*.

³⁰ Envisagé par le prisme du mandat par JAN KLABBERS (J. KLABBERS, « Reflections on Role responsibility... », *op. cit.*, n° 22, p. 1135).

³¹ V. P. KLEIN, *La responsabilité des organisations internationales dans les ordres juridiques internes et en droit des gens*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 1998, p. 349.

³² S. CASSELLA, « Les travaux de la commission du droit international... », *op. cit.*, n° 15, p. 17. En vertu de la Convention du 21 mars 1986, les organisations internationales ont la capacité de conclure des traités au titre de la théorie des compétences implicites sous réserve que ceux-ci soient en rapport avec « son statut ou ses fonctions ». P. KLEIN, *La responsabilité des organisations internationales...*, *ibid.*, pp. 316-317.

également dans les normes de droit international général³³, coutumières principalement³⁴. Ces dernières constituent le socle principal des normes de diligence requise des organisations internationales³⁵, au rang desquelles se trouvent les normes de *jus cogens*³⁶. Les exigences de diligence requise peuvent enfin résulter des engagements internationaux contractés par les États membres ou des traités antérieurement conclus eux « à la suite d'un transfert à l'organisation de compétences dans les matières régies par ces traités »³⁷. En revanche, les traités multilatéraux généraux comme ceux relatifs aux droits de l'homme, au droit de l'environnement ou au droit humanitaire ne contiennent aucune trace de diligence requise à leur endroit. Par conséquent, dans ce domaine, les organisations internationales ne peuvent être assujetties au devoir de diligence requise qu'à la condition que leurs États membres consentent à les y soumettre expressément, étant entendu que « l'obligation de respecter les droits de l'homme consiste à prendre des mesures supplémentaires nécessaires à assurer des opportunités pour les individus de jouir de leurs droits reconnus dans les instruments de protection des droits de l'homme »³⁸.

Le maintien du caractère épars des sources de la diligence requise a permis de ne pas la soumettre à l'existence d'une source particulière et donc d'en assurer une application extensible. Cet objectif a été soutenu par les juges internationaux, lesquels ont rapidement conclu à la nécessité de fonder le devoir de diligence requise sur la coutume³⁹. Cependant, cette diversité dans les sources ne permet pas d'apprécier la force contraignante de cette exigence de comportement diligent. Surtout, les organisations internationales ont besoin d'être guidées dans l'accomplissement de leurs missions, puisqu'envisagées comme des outils de coopération à destination des États. C'est à eux qu'incombait, dans un premier temps, le soin d'apprécier le degré de prudence et de soin à apporter dans l'exécution de leurs obligations. Dans un second temps, il leur fallait déterminer le comportement raisonnable que chaque État membre devait respecter dans l'accomplissement de leurs obligations. Or, il ne peut être attendu la même autonormativité de la part des organisations internationales, lesquelles ne peuvent décider de la manière d'exécuter leurs obligations internationales que dans la mesure où elles y ont été autorisées⁴⁰.

Cette imprécision quant à l'applicabilité de la notion aux organisations internationales est cohérente avec l'esprit de la diligence requise, laquelle poursuit un objectif principal

³³ V. CIJ, *Interprétation de l'Accord du 25 mars 1951 entre l'OMS et l'Égypte*, Avis consultatif, 20 décembre 1980, CIJ Recueil 1980, p. 73, § 37. V. également P. BODEAU-LIVINEC, L. DUBIN, « La responsabilité des institutions internationales... », *op. cit.*, n° 25, p. 234. V. enfin P. KLEIN, *La responsabilité des organisations internationales...*, *ibid.*, pp. 359-369.

³⁴ V. CIJ, *ibid.* Notons que les articles des AROI de 2011 ont une valeur coutumière.

³⁵ J. KLABBERS, « Reflections on Role responsibility... », *op. cit.* n° 22, p. 1143.

³⁶ Article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, 23 mai 1969, Nations Unies, Recueil des traités, volume 1155 n° 331, entrée en vigueur 27 janvier 1980. V. également CIJ, *Barcelona Traction, Light & Power Co.* (Belgique c. Espagne), Jugement, 5 février 1970, *CIJ Recueil 1970*, pp. 33-34.

³⁷ P. KLEIN, *La responsabilité des organisations internationales...*, *op. cit.*, n° 32, p. 331.

³⁸ E. CAMPBELL, E. DOMINIC, S. STADNIK, Y. WU, « Due diligence obligations... », *op. cit.*, n° 3, p. 551, notre trad.

³⁹ S. BESSON, « La due diligence en droit international », *op. cit.*, n° 4, pp. 323-324.

⁴⁰ V. dans ce sens, P. KLEIN, *La responsabilité des organisations internationales...*, *op. cit.*, n° 32, p. 363.

limité, à savoir de générer une simple *accountability* des organisations internationales⁴¹. En effet, même si rien n'exclut une responsabilité des organisations internationales pour manque de diligence⁴², tant les actes fondateurs que les règles internes des organisations internationales se sont avérés insuffisants pour permettre son engagement. Le principe selon lequel une organisation internationale ne peut voir sa responsabilité engagée dès lors qu'elle respectait son acte constitutif⁴³ allait donc devoir subir d'autres assauts de diligence pour que cette notion concoure à une véritable responsabilisation des organisations internationales.

2. L'extension limitée de la notion aux autres formes de responsabilités

L'*accountability* que développe la diligence requise ne permettant pas la réparation du dommage en cas de négligence⁴⁴, la légitimité recherchée par la société internationale dans cette perspective demeurerait limitée. La diligence requise des organisations internationales est donc apparue dans le cadre de la *responsibility*⁴⁵, et de la *liability*⁴⁶. S'agissant de la *responsibility*, la diligence requise opère pour prévenir la réalisation d'un fait illicite⁴⁷ tel que le prévoit le régime général de responsabilité internationale des organisations internationales par la CDI en 2011 (AROI)⁴⁸. Dans l'article 4 des AROI, la CDI définit la diligence requise comme un concept englobant à la fois l'action⁴⁹ et l'omission⁵⁰. Dans le cas d'une action, la diligence requise désigne le mode opératoire d'une obligation positive dont la violation a lieu par omission⁵¹. En effet, la CIJ a qualifié le devoir de vigilance comme une obligation de surveillance ou de contrôle⁵². La diligence requise peut même être qualifiée de devoir de soin (*duty of care*)⁵³. Cette catégorie de diligence est la plus facile à identifier en pratique. L'omission des organisations internationales apparaît régulièrement⁵⁴; ainsi de l'inaction des Nations unies dans le cadre du génocide rwandais⁵⁵, mais plus généralement à l'occasion des conflits armés ayant donné lieu à des poursuites par des juridictions pénales

⁴¹ Pour l'*accountability*, v. P. BODEAU-LIVINEC, L. DUBIN, «La responsabilité des institutions internationales...», *op. cit.*, n° 25, p. 232. V. également la définition de l'*accountability* proposée par l'*International Law Association* de 2004 : «La responsabilité des gouvernants devant le peuple, au double sens de lui rendre compte et de tenir compte de lui».

⁴² E. LAGRANGE, «La responsabilité des organisations pour violation...», *op. cit.*, n° 13, p. 205.

⁴³ Cette présomption a d'ailleurs été remise en question par GIORGIO GAJA, rapporteur du projet d'articles relatifs à la responsabilité des organisations internationales (G. GAJA, *Seventh report on the responsibility of international organizations*, UN doc A/CN.4/610/, 2009, § 7).

⁴⁴ V. P. BODEAU-LIVINEC, L. DUBIN, «La responsabilité des institutions internationales...», *op. cit.*, n° 14, p. 234.

⁴⁵ Assemblée générale des Nations Unies, A/RES/53/102, 8 décembre 1998, § 4.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ V. notamment Article 4 du Projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales, texte adopté par la Commission du droit international à sa soixante-troisième session, en 2011, et soumis à l'Assemblée générale dans le cadre de son rapport sur les travaux de ladite session (A/66/10, § 87).

⁴⁸ B. TAXIL, «Chapitre 31 Notions, sources et régimes de responsabilité», *op. cit.*, n° 31, p. 1007.

⁴⁹ S. BESSON, «La due diligence en droit international», *op. cit.*, n° 4, p. 254.

⁵⁰ V. Article 4 des AROI.

⁵¹ S. BESSON, «La due diligence en droit international», *op. cit.*, n° 4, p. 255.

⁵² CIJ, *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, Arrêt, CIJ Recueil 2005, p. 168, § 189.

⁵³ S. BESSON, «La due diligence en droit international», *op. cit.*, n° 4, p. 171.

⁵⁴ J. KLABBERS, «Reflections on Role responsibility...», *op. cit.* n° 22, p. 1135.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 1333 et s.

internationales. Hors des situations de conflits, la négligence non intentionnelle des Nations Unies dans la protection des Bouddhas en Afghanistan alors qu'ils bénéficiaient de la protection de l'UNESCO constitue un autre exemple significatif. Quand elle relève de l'omission, la diligence requise est moins spectaculaire et consiste *a minima* en une obligation de ne pas nuire (*no harm rule*) par négligence⁵⁶, aux droits et intérêts protégés des sujets de droit international⁵⁷.

Pour certains auteurs, la diligence requise serait incompatible avec cette catégorie de responsabilité, puisqu'elle suppose d'attribuer une faute aux organisations internationales, celle de ses organes⁵⁸. Les organisations internationales sont en effet susceptibles d'être assujetties à cette catégorie de diligence requise, quoique de manière limitée, afin de « (...) prévenir la violation des droits par [leurs] propres organes »⁵⁹. Néanmoins, plusieurs arguments viennent contredire l'assimilation de la diligence requise à la faute. Tout d'abord, la responsabilité des organisations internationales ne se résume pas à la faute de leurs organes dans le cadre de la diligence requise. Elle comprend également la contribution fautive des organisations internationales à leur propre préjudice⁶⁰. Surtout, contrairement à l'analyse de GEORGE SCELLE, la faute ne fait pas partie des éléments constitutifs de l'engagement de la responsabilité internationale du fait de sa connotation morale⁶¹. La CDI souhaitait éviter l'établissement des obligations primaires à destination des organisations internationales⁶². Ainsi, l'article 39 des AROI établit la diligence requise au stade de l'établissement de la réparation, autrement dit aux obligations procédurales secondaires⁶³. La faute située au stade du fait illicite et la diligence requise située au stade de la réparation ne sont donc pas liées dans la mise en œuvre de cette catégorie de responsabilité internationale. La faute, et, dans le cas de la diligence requise, la négligence intentionnelle, entendue comme une abstention voulue de faire ce qui aurait dû être fait⁶⁴, ont de ce fait été exclues de l'examen de la CDI. Fonder la diligence requise sur des normes secondaires procédurales démontre les limites de ce devoir comme accessoire à une norme primaire. En effet, si aucune obligation primaire de conduite ne permet d'engager la responsabilité pour négligence des organisations internationales, comment justifier leur soumission à un standard de comportement diligent, supposé conditionner sa réalisation⁶⁵ ? Il résulte de cette distinction qu'il serait très difficilement envisageable d'engager la responsabilité des organisations internationales pour fait illicite réalisé avec négligence.

⁵⁶ S. BESSON, « La due diligence en droit international », *op. cit.*, n° 6, pp. 171, 212.

⁵⁷ CIJ, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, Avis consultatif, *CIJ Recueil 1996*, §§ 241-242.

⁵⁸ V. en ce sens, G. SCELLE, *Manuel de droit international public*, Paris, éditions Domat-Montchrestien, 1943, pp. 685-686. L'auteur établit son raisonnement à partir de l'État, mais celui-ci demeure également valable pour les organisations internationales.

⁵⁹ E. LAGRANGE, « La responsabilité des organisations pour violation... », *op. cit.*, n° 8, p. 214.

⁶⁰ V. notamment Article 39 du Projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales, texte adopté par la Commission du droit international à sa soixante-troisième session, en 2011, et soumis à l'Assemblée générale dans le cadre de son rapport sur les travaux de ladite session (A/66/10, § 87).

⁶¹ B. TAXIL, « Chapitre 31 Notions, sources et régimes de responsabilité », *op. cit.*, n° 17, p. 1004.

⁶² S. CASSELLA, « Les travaux de la commission du droit international... », *op. cit.*, n° 15, p. 16.

⁶³ S. BESSON, « La due diligence en droit international », *op. cit.*, n° 6, pp. 193, 284.

⁶⁴ A. R. WHITE, *Grounds of liability: An Introduction to the Philosophy of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1985, p. 23.

⁶⁵ S. BESSON, « La due diligence en droit international », *op. cit.*, n° 4, p. 294.

Si la CDI place la diligence requise au stade des obligations secondaires, elle est surtout liée au droit primaire, non du fait de son lien avec éventuel avec la faute, mais compte tenu de son objectif : « tarir la responsabilité à la source » en visant directement le comportement illicite⁶⁶. En tant que standard, la diligence requise est donc greffée à des obligations primaires de comportement⁶⁷, mais ces dernières sont tout aussi difficilement identifiables. Aussi, lorsqu'elle est envisagée sous l'angle des obligations secondaires, la diligence requise constitue un standard d'une responsabilité réduite aux obligations auxquelles les États ont bien voulu assujettir les organisations internationales. Dans le cas où aucune obligation primaire devant être accomplie avec diligence n'existe, la diligence requise des organisations internationales relève donc simplement d'une *accountability*, peu satisfaisante au regard des espoirs placés dans ces institutions propres à la société internationale, par la société civile notamment. La responsabilisation des organisations internationales en matière de diligence requise ne pouvait donc être satisfaite par la seule sanction de leurs seuls faits illicites dans le cadre décisionnel, ou de la faute de leurs agents dans le cadre opérationnel. Il fallait donc envisager le passage à un autre type de responsabilité.

Le développement des compétences des organisations internationales supposait non seulement de protéger les autres sujets de droit international des effets d'une éventuelle conduite déraisonnable, mais également d'autres conséquences dommageables à prévenir avant tout dommage. Le concept de diligence requise en droit des organisations internationales était supposé, comme en droit interne⁶⁸, permettre la prise en charge de l'ensemble des dommages résultant de leurs activités. Ainsi, malgré une adaptation progressive du régime de la responsabilité pour fait illicite aux organisations internationales⁶⁹, la diligence requise est progressivement apparue en dehors de toute obligation conventionnelle. Le manque de diligence peut donc être invoqué lors de la mise en œuvre de la *liability* des organisations internationales⁷⁰.

Cette catégorie de diligence requise survient lorsque les organisations internationales satisfont à une « obligation exactement similaire » à celle d'un État⁷¹. L'apparition de la diligence requise dans ce cadre est logique puisque cette notion suppose le pouvoir d'empêcher la réalisation du dommage « ou un retard indu dans la jouissance ou l'exercice effectif d'un droit »⁷² ce qui constitue l'apanage de l'appareil étatique. Elle existe de manière très limitée dans d'autres cas de figure. Cette catégorie de diligence requise est subdivisée en deux catégories⁷³ : la responsabilité pour manque au devoir de

⁶⁶ CDI, « Rapport de la Commission du droit international à l'Assemblée générale sur les travaux de sa quarante-cinquième session » (3 mai-23 juillet 1993), A/48/10, *ACDI*, 1993, vol. II, partie 2, p. 60.

⁶⁷ CIJ, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, *op. cit.*, n° 61, p. 226, §§ 99-100 ; CIJ, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, *op. cit.*, note 7, § 430 ; CIJ, *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, Arrêt, *CIJ Recueil 2010*, p. 14, § 186.

⁶⁸ Certains auteurs relient la due diligence en droit interne et en droit international E. CAMPBELL, E. DOMINIC, S. STADNIK, Y. WU, « Due diligence obligations... », *op. cit.*, n° 8, pp. 559, 580. P.-M. DUPUY, Y. KERBRAT, *Droit international public*, 13^e édition, Paris, Dalloz, 2016, p. 513.

⁶⁹ M. FRAPPIER, « Le fait générateur de la responsabilité... », *op. cit.*, n° 25, p. 132.

⁷⁰ Pour un rappel sur la distinction entre *responsibility* et *liability*, v. J. BARBOZA, *The Environment, Risk and Liability in International Law*, Leiden, Martin Nijhoff Publishers, pp. 22 et s.

⁷¹ E. LAGRANGE, « La responsabilité des organisations pour violation... », *op. cit.*, n° 13, p. 193.

⁷² *Ibid.*, p. 190.

⁷³ M. FRAPPIER, « Le fait générateur de la responsabilité... », *op. cit.*, n° 25, p.154.

prudence et la responsabilité pour manque de précaution⁷⁴. Cette catégorie de responsabilité pour manque de diligence mélange également responsabilité sans faute et pour faute⁷⁵. Les obligations de comportement induisent ici un devoir d'adopter des mesures aptes à protéger les intérêts des autres sujets de droit contre les risques de dommages de tiers, « que ces derniers aient prévu ces (risques de) préjudices ou aient dû les prévoir et qu'ils aient eu la capacité d'intervenir, et dont la violation constitue donc une négligence indue ou illicite »⁷⁶. Lorsqu'elle concourt à la prévention de dommages, la diligence requise peut constituer une obligation procédurale résultant d'un devoir implicite ou d'une obligation permettant leur effectivité⁷⁷. Le caractère contraignant de la diligence requise relatif à la prévention d'un dommage varie selon certains critères : la connaissance du risque du préjudice (connaissance avérée ou présumée) et la capacité de prendre des mesures c'est-à-dire le degré de contrôle sur la source du préjudice, le degré de risque de préjudice et la sévérité du préjudice encouru ainsi que la « vulnérabilité ou qualité spéciale du bénéficiaire »⁷⁸. Le risque doit donc être réel, immédiat et sérieux⁷⁹. Pour le reste, tout dépend du droit concerné.

Ainsi, l'insertion de la diligence requise dans l'ordre juridique international a conduit à la responsabilisation théorique des organisations internationales, non seulement pour fait internationalement illicite comme l'envisagent les AROI, mais également par le développement de leurs activités susceptibles de causer un dommage en dehors de toute illicéité. Cependant, cette responsabilisation n'induit pas automatiquement l'engagement de la responsabilité des organisations internationales⁸⁰. Elle consiste encore aujourd'hui principalement à une *accountability* aux conséquences très limitées. Surtout, elle ne permet pas l'harmonisation des régimes de responsabilité des organisations internationales. Toutefois, la diligence requise a ouvert la voie à une série de réformes institutionnelles des organisations internationales qui vont contribuer à cette responsabilisation.

B. *La transformation institutionnelle des organisations internationales*

La diligence requise a permis de rappeler aux organisations internationales qu'elles ne sont plus « de simples excroissances du souverain et doivent répondre elle[s]-même[s] de leurs actes envers les tiers, sujet de droit international ou non »⁸¹. Autrement dit, elle ouvre la voie à une sécurité juridique subjective, appréciée du point de vue des autres sujets de droit dans leurs rapports avec les organisations internationales. Ceci nécessite

⁷⁴ TIDM, *Responsabilités et obligations des États qui patronnent des personnes et des entités dans le cadre d'activités menées dans la Zone (Demande d'avis consultatif soumise à la Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins)*, Affaire n° 17, Avis consultatif, 1^{er} février 2011, *TIDM Recueil 2011*, p. 10, § 122. La diligence requise a d'ailleurs tendance à être considérée dans les domaines spécialisés comme une obligation de précaution. *Contra* : JENKS et SCALLE distinguent la diligence requise et droit de la prévention (M. FRAPPIER, « Le fait générateur de la responsabilité... », *ibid.*, p. 137).

⁷⁵ C. W. JENKS voit derrière l'émergence de la responsabilité sans faute pour les activités dangereuses une nouvelle forme de responsabilité pour faute. V. dans ce sens, M. FRAPPIER, « Le fait générateur de la responsabilité... », *ibid.*, p. 129.

⁷⁶ S. BESSON, « La due diligence en droit international », *op. cit.*, n° 4, p. 171

⁷⁷ E. CAMPBELL, E. DOMINIC, S. STADNIK, Y. WU, « Due diligence obligations... », *op. cit.*, n° 3, p. 583.

⁷⁸ S. BESSON, « La due diligence en droit international », *op. cit.*, n° 4, pp. 245-279.

⁷⁹ *Ibid.*, pp. 245-246.

⁸⁰ E. LAGRANGE, « La responsabilité des organisations pour violation... », *op. cit.*, n° 8, p. 205.

⁸¹ V. P. BODEAU-LIVINEC, L. DUBIN, « La responsabilité des institutions internationales... », *op. cit.*, n° 25, p. 236.

néanmoins une remise en question organique, structurelle, des organisations internationales. Dans ce cadre, elles ont procédé à l'adoption de mesures normatives internes, mais également à une construction de nouveaux mécanismes pour satisfaire les exigences de la diligence requise.

1. *La bona res publica*, fondement de la transformation des organisations internationales

Lorsqu'elle est exigée des États, la diligence requise est entendue comme un principe institutionnel de bon gouvernement⁸². Elle est fondée sur l'idée de *bona res publica*, autrement dit les mesures raisonnables de prévention que l'on pourrait attendre du gouvernement d'une cité bien administrée dans des circonstances similaires⁸³. Cette exigence tient au fait que les activités d'un État réalisées tant sur son propre territoire qu'avec d'autres sujets de droit international sont susceptibles de causer un dommage⁸⁴. Peu à peu, cette exigence s'est donc étendue aux relations internationales des États et aux cénacles des organisations internationales. Le développement de la société de coopération, générateur du développement du pouvoir de direction normatif et opérationnel des organisations internationales, a conduit à la même exigence d'activités exercées avec diligence. Gouvernant la coopération internationale, contraignant parfois les États à se soumettre à la décision commune — faut-il encore rappeler la « réticence » du Rwanda lors de la mise en place du tribunal pénal international pour le Rwanda — les organisations internationales ont dû se soumettre aux normes de *due diligence* afin de faire accepter leur pouvoir de direction aux autres sujets de droit international.

La diligence requise a cependant été d'application complexe aux organisations internationales tant elle est fondée sur la souveraineté que seuls les États possèdent en droit international. La *bona res publica* varie selon le sujet qui doit la mettre en œuvre⁸⁵. Ce devoir nécessite donc un pouvoir d'appréciation souveraine que les organisations internationales ne possèdent pas naturellement⁸⁶. En effet, les organisations internationales ne possèdent pas la souveraineté dont jouissent les États. Elles n'ont d'ailleurs pas vocation à devenir souveraines quand bien même certaines entretiendraient un objectif d'universalité. En effet, la CIJ dans son avis de 1949, *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, l'a très tôt consacré, le système juridique international s'accommode de sujets de droit dotés de statuts différents. Autrement dit, même lorsqu'elles bénéficient de la personnalité juridique, les

⁸² M. G. COHN, « La théorie de la responsabilité internationale », *RCADI*, Volume 68, Leiden, Brill, 1939, pp. 209-324.

⁸³ A. FREEMAN, « Responsibility of States for Unlawful Acts of Their Armed Forces », *RCADI*, Volume 88, Leiden, Brill, 1939, pp. 263-416, p. 278, notre trad.

⁸⁴ V. notamment CDI, Projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses et commentaires y relatifs, Commentaires des articles 3, p. 164, 4, pp. 167-168 et 7, pp. 169-171.

⁸⁵ M. G. COHN, « La théorie de la responsabilité internationale », *op. cit.*, n° 83, p. 20.

⁸⁶ J. KLABBERS, « Reflections on Role Responsibility... », *op. cit.* n° 22, p. 1149. V. également A. PELLET, « International Organizations Are Definitely Not States. Cursory Remarks on the ILC Articles on the Responsibility of International Organizations », in I. BROWNLIE, M. RAGAZZI (eds), *Responsibility of International Organizations: Essays in Memory of Sir Ian Brownlie*, Martinus Nijhoff Publishers, 2013, pp. 41-54.

organisations internationales ne bénéficient pas nécessairement des mêmes attributs que les États⁸⁷.

2. L'adaptation normative à la diligence requise

Le bon gouvernement ou plutôt la bonne gouvernance⁸⁸ qu'induit la diligence requise requiert des organisations internationales qu'elles se dotent « de procédures adéquates et fiables afin de ne pas statuer de manière déraisonnable ou irrationnelle, y compris dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire, ou de ne pas laisser sans aucun remède les victimes de ses agissements ou de son inertie »⁸⁹. La législation interne ne peut être invoquée par les États pour échapper à leurs obligations internationales. Il en va de même pour les organisations internationales, comme en atteste l'article 32 des AROI qui prévoit qu'elles ne peuvent s'affranchir de leurs obligations au motif d'une incompatibilité de celles-ci avec leurs normes internes. Ce principe influence l'application de la diligence requise aux organisations internationales puisqu'en tant que standard de bonne conduite dans la réalisation d'obligations, elle est censée diriger le processus décisionnel⁹⁰. Or, certaines règles de procédure interne étaient insusceptibles d'y satisfaire. La plupart d'entre elles ont donc entamé un processus de réformes pour satisfaire à l'exigence de diligence⁹¹. Au titre de leur pouvoir d'auto-organisation, elles se sont donc dotées entre autres de procédures de contrôle et d'évaluation « propres à identifier les insuffisances du processus décisionnel ou des remèdes qu'elle offre »⁹². Ces procédures entrent en résonance directe avec la diligence requise, laquelle est envisagée en droit interne comme un ensemble de procédures d'examen et d'évaluation⁹³. En procédant ainsi, les organisations internationales ont elles-mêmes renforcé l'autonomie que la notion leur confère. En effet, en se conformant à l'exigence de la diligence requise, elles sont libres de déterminer le degré de diligence requis de leurs propres organes ou de leurs membres⁹⁴. Certaines organisations internationales ont profité de cette autonomie renforcée par la diligence requise pour aller au-delà des préconisations de la CIJ, pour laquelle le devoir minimum est d'examiner les mesures de diligence à prendre, mais n'impose aucune contrainte particulière⁹⁵.

Les organisations internationales ont tendance à développer des « *minima* de bon gouvernement adaptés »⁹⁶ d'autant que les organisations internationales ont un rôle pédagogique vis-à-vis des États. Compte tenu du passage à la logique préventive que sous-tend l'insertion de la diligence requise dans le droit des organisations

⁸⁷ V. CIJ, *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, Avis consultatif, *CIJ Recueil 1949*, p. 179 : « L'Organisation est une personne internationale [...] n'équivaut pas à dire que l'Organisation soit un État [...] ou que sa personnalité juridique, ses droits et ses devoirs soient les mêmes que ceux d'un État ».

⁸⁸ V. *infra*.

⁸⁹ E. LAGRANGE, « La responsabilité des organisations pour violation... », *op. cit.*, n° 8, p. 203.

⁹⁰ *Ibid.*, pp. 199-200.

⁹¹ Cette autonormativité n'est pas liée au renouveau de la notion. Elle est en effet constatée dès le XIXe siècle dans une circulaire du Comité international des poids et des mesures du 10 avril 1884 portant Règlement pour la vérification des étalons privés de poids et mesures et des instruments auxiliaires.

⁹² *Ibid.*, p. 204.

⁹³ S. BESSON, « La due diligence en droit international », *op. cit.*, n° 4, p. 70.

⁹⁴ E. LAGRANGE, « La responsabilité des organisations pour violation... », *op. cit.*, n° 8, p. 204.

⁹⁵ CIJ, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis consultatif, *CIJ Recueil 2004*, p. 136.

⁹⁶ E. LAGRANGE, « La responsabilité des organisations pour violation... », *op. cit.*, n° 8, p. 204.

internationales et en l'absence d'un régime général de cette exigence, chacune organisation qui y est soumise est chargée de s'assurer de son respect par ses organes et ses membres. Plusieurs organisations internationales ont ainsi établi des lignes directrices afin de renforcer leur propre *accountability*⁹⁷. Certaines d'entre elles se sont assujetties à de telles obligations concrètes qu'elles ont ouvert la voie à une éventuelle *liability*⁹⁸. Ce faisant, les organisations internationales tentent de faire acte de gouvernance par l'exemple.

La diligence requise confère non seulement un rôle autonormatif aux organisations internationales, mais aussi d'évaluateur des comportements étatiques au nom de la limitation de la volonté des États par l'intérêt collectif, comme l'autorise l'arrêt du *Lotus*⁹⁹. Les organisations internationales vont donc réglementer les actes de leurs membres lorsque leurs décisions constituent la condition *sine qua non* des pouvoirs de ces derniers d'agir au nom de cet intérêt¹⁰⁰. Ce critère peut être entendu d'autant plus largement que l'État demeure le principal exécutant des décisions des organisations internationales. En effet, même si la diligence requise reconnaît un certain renforcement du pouvoir de direction des organisations internationales¹⁰¹, ces dernières ont encore besoin des États pour mettre en œuvre les objectifs d'intérêt commun¹⁰². Les organisations internationales peuvent donc être contraintes de prendre des mesures dans la lignée des obligations de leurs membres afin de s'assurer que leurs politiques internes sont suffisamment protectrices des droits de l'homme¹⁰³. Dans ce cadre notamment, les organisations internationales sont susceptibles de contrôler le respect de la diligence requise par les sujets de droit concernés par leurs décisions. Les institutions financières internationales ont mis en place une politique de diligence requise à destination des bénéficiaires de leurs activités, les États, afin d'imposer des obligations de diligence requise relatives, aux droits de l'homme ainsi qu'aux risques sociaux et environnementaux¹⁰⁴. Or, il est malaisé pour les organisations internationales de déterminer les règles d'application et de hiérarchie entre les obligations et de déterminer leur champ d'application étant donné que leurs États membres ne sont pas tous soumis aux mêmes obligations en matière de droits de l'homme¹⁰⁵. L'insertion des

⁹⁷ V. p. ex., Article 12 du *Cadre de politique de la CEDEAO pour réforme et la gouvernance du secteur de la sécurité*, adopté à Dakar, le 4 juin 2016. Assemblée générale de l'Union africaine, *Décision sur les activités du Conseil de paix et de sécurité de l'Union africaine et l'état de la paix et de la sécurité en Afrique*, Assembly/AU/Dec. 145 (VIII), p. 1, point 7.

⁹⁸ V. p. ex., Article 64 du *Cadre de politique de la CEDEAO pour réforme et la gouvernance du secteur de la sécurité*, adopté à Dakar, le 4 juin 2016.

⁹⁹ En ce sens, v. A. PELLET, « Lotus que de sottises on profère en ton nom ! : remarques sur le concept de souveraineté dans la jurisprudence de la Cour mondiale », *Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Puissechot : l'État souverain dans le monde d'aujourd'hui*, Pedone, Paris, 2008, p. 215-230.

¹⁰⁰ E. LAGRANGE, « La responsabilité des organisations pour violation... », *op. cit.*, no 13, p. 204. V. p. ex., ASEAN Secretariat, *Guidelines for Accreditation and Conformity Assessment*, Jakarta 2015.

¹⁰¹ J. KLABBERS, « Reflections on Role responsibility... », *op. cit.* no 22, p. 1137. V. également S. FORLATI, « L'objet des différentes obligations primaires de diligence... », *op. cit.*, no 16, p. 54-56.

¹⁰² J. KLABBERS, *ibid.*, p. 1138.

¹⁰³ Conseil économique et social, *Conclusions and recommendations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, Egypt*, U.N. Doc. E/C.12/1/Add.44 (May 23, 2000), §§ 28-30; Conseil économique et social, *Conclusions and recommendations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, Italy*, U.N. Doc. E/C.12/1/Add/43 (May 23, 2000), § 20.

¹⁰⁴ V. p. ex., IMF, *South Africa Detailed Assessment Report on Anti-Money Laundering and Combating the Financing of Terrorism*, Country Report no 21/227. V. également, Société Financière Internationale, *Politique de durabilité environnementale et sociale*, 1^{er} janvier 2012, pp. 5-9.

¹⁰⁵ E. CAMPBELL, E. DOMINIC, S. STADNIK, Y. WU, « Due diligence obligations... », *op. cit.* no 8, p. 555.

normes de diligence requise n'a pas mis un terme aux critiques prononcées à l'encontre des organisations internationales et de leurs institutions. En effet, même si la Société financière internationale a fait des efforts conséquents en matière de respect des droits de l'homme, le flou quant à ses obligations en la matière et à la mise en œuvre de sa responsabilité et de la procédure, demeure¹⁰⁶. Elle persiste en effet à adapter la diligence requise aux caractéristiques de l'activité commerciale de l'État et aux risques et leurs impacts avant de prendre sa décision¹⁰⁷. Enfin, cette organisation se repose de manière extensive sur le témoignage des futurs bénéficiaires quant aux risques éventuels, privant son rôle d'assurance de prévention du dommage d'une objectivité pourtant nécessaire.

L'Union européenne (UE) en matière de diligence requise fait figure d'exception, compte tenu de son statut d'organisation internationale d'intégration. Elle est débitrice d'obligations de diligence requise prévues par son droit dérivé¹⁰⁸ ou par le droit international¹⁰⁹, mais surtout en dehors de tout acte réalisé par elle¹¹⁰ tant que ses États « exercent un contrôle personnel ou territorial sur la source du préjudice, et ce en dehors de toute attribution du comportement de ces États à l'UE »¹¹¹. L'Union européenne a donc suivi naturellement le mouvement de réforme induit par la diligence requise, mais de manière constante avec une organisation sociale beaucoup plus respectueuse de cette exigence. Il faut reconnaître que peu d'organisations internationales ont le même degré de sophistication institutionnelle et ne l'atteindront vraisemblablement jamais. Ainsi, des organisations internationales telles que l'ASEAN sont soumises à des difficultés structurelles trop importantes pour répondre aux exigences de la diligence requise au moyen d'une simple réforme normative¹¹².

3. L'adaptation structurelle à la diligence requise

La diligence requise est également un « principe directeur de l'organisation du pouvoir »¹¹³. Pour la mettre en œuvre, les organisations internationales ont donc fait usage de leur pouvoir « d'auto-organisation et de création d'organes subsidiaires »¹¹⁴ pour satisfaire aux exigences de la diligence requise. Certaines de ses créations institutionnelles remplissent l'exigence de sanctionner le défaut d'organisation et de fonctionnement à l'origine du manquement à la diligence requise¹¹⁵, et d'une certaine

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 590.

¹⁰⁷ IFC, *Environmental and Social Review Procedures Manual*, Environment, Social and Governance Department, 31 May 2012, point 2.6.

¹⁰⁸ V. Article 191(2) du TFUE. V. aussi Tribunal de l'Union européenne, *Affaire Front Polisario c. Conseil de l'Union européenne*, T-512/12, arrêt du 10 décembre 2015.

¹⁰⁹ V. P. PALCHETTI, « La violation par l'Union européenne d'une obligation de due diligence », in SFDI, *Le standard de due diligence et la responsabilité internationale* : Journée d'études franco-italienne du Mans, Paris, Pedone, 2018, pp. 231-242.

¹¹⁰ P. J. KUIJPER, « Attribution – Responsibility – Remedy. Some comments on the EU in different international regimes », *Revue Belge de Droit International*, vol. 47, n° 1, 2013, pp. 57-77.

¹¹¹ CEDH, *Affaire Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlande*, requête n° 45036/98, §§ 152-153.

¹¹² K. CHNG MENG, « ASEAN's Institutional Structure and Economic Co-Operation », *ASEAN Economic Bulletin*, vol. 6, no. 3, Institute of Southeast Asian Studies (ISEAS), 1990, pp. 268-82.

¹¹³ E. LAGRANGE, « La responsabilité des organisations pour violation... », *op. cit.*, n° 8, p.190.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 204.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 191.

manière, de le prévenir¹¹⁶. Ces institutions, souvent temporaires, ont une efficacité contrastée. Le Panel consultatif des droits de l'homme, créé en 2007 par la Mission intérimaire des Nations Unies au Kosovo (MINUK), a pour fonction d' « examiner les allégations par des individus ou des groupes de violations des droits de la personne » réalisées par la Mission¹¹⁷. Ce panel a permis de préciser la nature des exigences de diligence en matière d'administration de la justice dans le cadre d'une mission d'administration internationale¹¹⁸. Le devoir des Nations Unies de prévention du risque en matière humanitaire et de génocide a également conduit les Nations Unies à la création du tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) par la résolution 827 du Conseil de sécurité des Nations Unies du 25 mai 1993. Outre sa fonction répressive, ce tribunal, organe judiciaire indépendant, était supposé agir de manière dissuasive quant à la perpétration de nouveaux crimes de droit international. Il a malheureusement failli à prévenir des massacres ultérieurs à sa création, comme en témoigne le massacre de Srebrenica survenu entre le 11 et le 22 juillet 1995. Le TPIY a tout de même su conquérir sa place dans les institutions ayant permis la précision de la diligence requise des organisations internationales. En effet, les affaires *Tadić* and *Krstić* ont été l'occasion de préciser la diligence que le Tribunal devait lui-même appliquer vis-à-vis des accusés¹¹⁹.

Outre les mécanismes *ad hoc* visant à mettre en œuvre la diligence requise, les mécanismes pérennes créés pour satisfaire les exigences de la diligence requise montrent également un bilan limité s'agissant des atteintes aux droits subies par leurs agents ou provoquées par eux. Les organisations internationales sont pourtant investies d'un devoir de diligence concernant l'exercice des droits de ses agents¹²⁰. Pour y satisfaire, les Nations Unies ont très tôt mis en place un ensemble de services internes pour prévenir les risques résultant des activités internes et externes de l'organisation. Parmi eux, l'*Internal Oversight Services* (IOS) est un service interne à l'ONU chargé de l'inspection régulière des différents programmes mis en place par l'organisation. Il évalue leur effectivité et les pratiques des agents chargés de leur exécution¹²¹. Ce faisant, il prévient tout risque de violation des droits des agents contractuels, mais aussi ceux des bénéficiaires des programmes. Les lacunes institutionnelles et normatives de ce service avaient été soulignées en 2006 par le Corps Commun d'inspection du système des Nations Unies¹²², seul organe de contrôle externe des Nations Unies, chargé notamment de vérifier que les fonds attribués aux différentes activités sont utilisés avec

¹¹⁶ V. P. KLEIN, « Panels, médiateurs et mécanismes informel de contrôle des activités des organisations internationales : entre *accountability* et *responsibility* », Actes du colloque de la Société européenne de droit international, Oxford, Hart Publishing, 2012, pp. 217-228.

¹¹⁷ V. P. KLEIN, « Le panel consultatif des droits de l'homme (Human Rights Advisory Panel) de la MINUK: une étape dans le processus de responsabilisation des Nations Unies? ». In *Perspectives of International Law in the 21st century / Perspectives du droit international au 21e siècle*, (Leiden, The Netherlands: Brill | Nijhoff, 2012, pp. 225-255, p. 227.

¹¹⁸ V. notamment *Human Rights advisory Panel*, Affaires. jointes n° 38/08, Petko Milogoric ; 58/08, Milisav Zivaljevic ; 61/08, Dragan Gojkovic ; 63/08, Danilo Cukic ; et 69/08, Slavko Bogicevic, avis du 24 mars 2010, § 44.

¹¹⁹ TPIY, *Prosecutor c. Tadić*, Décision Relative à la Requête de l'Appelant aux Fins de Prorogation de Délai et d'Admission de Moyens de Preuve Supplémentaires, IT-94-1, 15 octobre 1998, § 45. TPIY, *Prosecutor c. Krstić*, Arrêt relatif à la demande d'injonctions, IT-98-33-A, 1 juillet 2003, §§ 5, 9, 14.

¹²⁰ E. LAGRANGE, « La responsabilité des organisations pour violation... », *op. cit.*, n° 13, p. 192.

¹²¹ Assemblée générale des Nations Unies, résolution 48/218 B du 29 juillet 1994.

¹²² Créée par la résolution 31/192 du 22 décembre 1976 de l'Assemblée générale des Nations Unies.

diligence¹²³. À cette occasion, il vérifie le respect par les agents chargés de mise en œuvre des règles du statut du personnel. Après la réforme de 2005 provoquée par les allégations d'inconduite d'agents onusiens lors des missions de maintien de la paix¹²⁴, un autre service peut désormais être saisi pour toute accusation d'atteinte aux droits de chaque agent. La *Conduct and Discipline Team* a été établie en novembre 2005 destinée à renforcer l'*accountability* et imposer les plus hauts standards de conduite. Cette équipe travaille de concert avec l'IOS, puisqu'elle est chargée de recevoir les plaintes et dénonciations concernant des comportements en contravention avec le Statut du personnel. Elle adresse à l'IOS, le cas échéant, des recommandations concernant l'agent et le service concerné. Enfin, des antennes délocalisées de l'équipe disciplinaire au sein des missions ont été mises en place afin d'améliorer la prise en charge des plaintes internes à l'organisation. Néanmoins, tous les agents ne sont pas égaux quant à l'accès à ces mécanismes internes. S'agissant des premiers, le rattachement au siège des Nations Unies a pour conséquence un traitement des plaintes d'une longueur peu propice à la prévention des dommages. Certains faits se produisent dans des États où l'établissement de la preuve rencontre des difficultés tangibles. Ces difficultés sont souvent au détriment de la victime qui pendant ce temps continue à travailler dans un environnement hostile. Les agents temporaires ou personnels externes (consultants, stagiaires...) auront donc intérêt, compte tenu de la précarité de leur statut, à ne pas rechercher la responsabilité de l'organisation ou l'un de ses agents, sauf à renoncer à une carrière dans cette organisation ou à devoir poursuivre une plainte tout en continuant à travailler avec le contrevenant. Il persiste donc une différence de degré de diligence requise par l'ONU pour elle-même selon la catégorie d'agent concernée, en l'absence de mécanismes adéquats. Il en est ainsi des agressions sexuelles perpétrées sur des consultants à l'occasion des missions de maintien de la paix.

Malgré des apparitions ponctuelles, la diligence requise n'a pas entraîné une révolution nette des organisations internationales. Certes, elle constitue un des moteurs de l'amélioration de l'*accountability* des organisations internationales, mais surtout une confirmation de leurs pouvoirs d'auto-direction. Assujetties à la diligence requise, les organisations internationales se transforment donc et s'insèrent progressivement en tant que sujets de droit maître de leur conduite dans l'ordre institutionnel international. Seulement, cette transformation est loin de suffire pour rendre les organisations internationales soumises à la diligence requise aptes à rendre des comptes conformément à l'ordre institutionnel existant. Ce dernier a donc été contraint de s'adapter à ces organisations internationales diligentes.

II. L'adaptation de l'ordre institutionnel aux organisations internationales diligentes

Pour les sujets de droit desquels elle est requise, la diligence est un serpent de mer qui apparaît régulièrement au gré des tentatives d'organisation de la société internationale. Elle est donc le symbole d'une collectivité qui évolue. Prenant peu à peu sa place dans l'ordre juridique international, la norme de diligence requise consacre une remise en question des conditions de mise en œuvre de la responsabilité internationale (A). La responsabilité constituant un des enjeux majeurs de l'ordre institutionnel¹²⁵, elle ne

¹²³ Assemblée générale des Nations Unies, résolution 31/192 du 22 décembre 1976, Annexe, Statut du Corps Commun d'inspection, Articles 5.2 et 5.3.

¹²⁴ V. résolution de l'Assemblée Générale des Nations Unies, A/RES/59/300, 22 juin 2005.

¹²⁵ V. en ce sens, S. BESSON, *Reconstruire l'ordre institutionnel international*, Leçons inaugurales du Collège de France, Paris, Collège de France, Fayard, 2021, 12 p.

place pas les organisations internationales dans un régime analogue à celui des États. Toutefois, la diligence requise concourt à une adaptation plus générale de l'ordre institutionnel international à l'égard de ces organisations internationales diligentes, à savoir la redistribution des rôles dans la mise en œuvre des objectifs d'intérêt commun (B).

A. *La remise en question du mécanisme de la responsabilité internationale*

L'application systématique du régime juridique des États aux organisations internationales a rapidement atteint ses limites¹²⁶ notamment en matière de responsabilité internationale où la diligence requise peine à trouver sa place. Il en résulte une nécessité de repenser les paradigmes de la responsabilité internationale¹²⁷. Ce mécanisme a été imaginé dans le cadre de la société de coexistence au sein de laquelle les États étaient les seuls susceptibles de voir leur responsabilité engagée, compte tenu de leur souveraineté et, plus particulièrement de leur capacité d'action. Le droit de la société de coexistence¹²⁸ supposait de la part des États un comportement raisonnable dans l'exercice de leur *potestas* afin de prévenir des dommages éventuels, susceptibles d'atteindre un autre État dans un premier temps, et de troubler la paix et la sécurité internationales dans un second temps. La diligence requise constitue donc un des corollaires de la souveraineté étatique¹²⁹ puisqu'elle renvoie à l'exercice raisonnable des compétences au rang desquels se trouve la compétence normative¹³⁰.

Compte tenu de son statut de sujet dérivé, les organisations internationales ne pouvaient pas pleinement endosser la responsabilité des dommages qu'elles étaient susceptibles de causer puisque la responsabilité suppose une personnalité juridique pleine et entière¹³¹. Or, celle des organisations internationales est de nature fonctionnelle, limitée aux compétences que leur ont attribuées les États. En résultait une relative impunité des organisations internationales en dehors des obligations visées par leurs actes constitutifs. Dès lors, les situations dans lesquelles les organisations internationales se comportent comme des États n'étaient pas couvertes par le mécanisme de responsabilité internationale. De surcroît, les immunités de juridiction octroyées à plusieurs d'entre elles par les droits internes restreignent l'engagement de leur responsabilité, même si celles-ci ont tendance à s'atténuer ou à être « contournées » par des modes alternatifs de règlement des différends (MARD)¹³². Enfin, les articles 34-1 et 34-2 du Statut de la CIJ ne permettent pas, *a priori*, l'engagement de la responsabilité des organisations internationales devant cette cour. De ce fait, la CIJ demeure réticente

¹²⁶ Comme en témoignent les critiques consécutives à la quasi recopie des articles relatifs à la responsabilité internationale des États de 2001 (ARE)

¹²⁷ V. en ce sens V. P. BODEAU-LIVINEC, L. DUBIN, « La responsabilité des institutions internationales... », *op. cit.*, n° 25, p. 239. V. également B. TAXIL, « Chapitre 31 Notions, sources et régimes de responsabilité », *op. cit.*, n° 31, p. 1008.

¹²⁸ G. ABI-SAAB, « Cours général de droit international public », *RCADI*, Volume 207, Leiden, Brill, 1987, pp. 321-323.

¹²⁹ CPA, Affaire de l'île de Palmas, Sentence arbitrale, 4 avril 1928, p. 839. CIJ, *détroit de Corfou*, *op. cit.*, note 26, p. 22.

¹³⁰ CIJ, *Détroit de Corfou*, *ibid.*

¹³¹ Article 2 a des AROI.

¹³² V. *inter alia*, L. BOISSON DE CHAZOURNES, « Chapitre 17 - Immunités, responsabilisation des organisations internationales et protection des droits individuels », in A. PETERS, E. LAGRANGE, S. OETER, C. TOMUSCHAT (eds), *Immunities in the Age of Global Constitutionalism*, Leiden, Brill, Nijhoff, 2014, pp. 283-300.

à apprécier le comportement des organisations internationales¹³³. Les affaires *Westland Helicopter arbitration* et *Tin Council* mises à part, le régime de responsabilité internationale des organisations internationales est donc encore à inventer pour y faire figurer la diligence requise¹³⁴.

1. La reconnaissance des spécificités des organisations internationales

Une telle construction présente certaines difficultés fondées sur les spécificités statutaires des organisations internationales. La diligence requise et le mécanisme de la responsabilité internationale sont tous deux fondés sur une souveraineté que les organisations internationales ne possèdent pas. La sanction du manque de diligence des organisations internationales ne peut donc prospérer à double titre. S'agissant de la diligence requise tout d'abord, il ne pouvait plus être question d'un standard de bon gouvernement dans une perspective de puissance publique¹³⁵, mais plutôt d'un devoir de bonne gouvernance tourné vers un mode de direction plus horizontal¹³⁶ et compatible avec les spécificités institutionnelles des organisations internationales. Entendue ainsi, la diligence requise n'est plus liée à la souveraineté, mais aux rapports entretenus entre l'organisation et ses membres. Elle sera donc établie à l'aune des pouvoirs de direction que les organisations internationales exercent à l'égard de leurs États membres et leurs agents¹³⁷. L'insertion de la diligence requise dans le droit des organisations internationales déterritorialise donc la diligence requise ou remet en cause les frontières traditionnelles de la protection du droit international de la prévention¹³⁸. Ce n'est plus le souverain qui doit être prudent dans ses actions, c'est dans un cadre de protection spécifique que la diligence sera plus ou moins requise. En d'autres termes, la diligence requise translate le critère organique de la diligence requise en un critère fonctionnel ou plutôt de mission¹³⁹. L'*auctoritas* et la *potestas* ne sont donc plus source de la diligence requise.

2. L'adaptation des critères de mise en œuvre de la responsabilité internationale

La diligence requise va influencer sur le mécanisme de responsabilité internationale des organisations internationales en modifiant ses critères de mise en œuvre. Deux domaines d'action répondent aujourd'hui à ce paradigme réformé : la fonction publique

¹³³ V. *inter alia*, CIJ, Application de l'Accord Intérimaire du 13 septembre 1995 (ex-République yougoslave de Macédoine c. Grèce), Arrêt du 5 décembre 2011, *CIJ Recueil 2011*, p. 644.

¹³⁴ *Westland Helicopters Ltd and Arab Organization for Industrialization, United Arab Emirates, Kingdom of Saudi Arabia, State of Qatar, Arab Republic of Egypt and Arab British Helicopter Company*, 5th March 1984 (Case No 3879/AS, 80 ILR 600, 80 ILR 595), OXIO 250; *International Tin Council Case, JH Rayner (Mincing Lane) Ltd v Department of Trade and Industry*, Decision on appeal, [1989] 3 WLR 969, [1990] 2 AC 418, [1989] 3 All ER 523, [1990] BCLC 102, (1990) 81 ILR 670, ILDC 1733 (UK 1990), 26th October 1989, United Kingdom; House of Lords [UKHL].

¹³⁵ P. BODEAU-LIVINEC, *Le gouvernement de l'état du point de vue du droit international*, thèse soutenue à l'Université Paris Nanterre, 2008, pp. 515-612.

¹³⁶ J. PITSEYS, « Le concept de gouvernance », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 65, n° 2, 2010, p. 215 et s. V. surtout A. SUPLOT, *La gouvernance par les nombres*, cours au Collège de France (2012-2014), Paris, Fayard, 2018, pp. 43-50.

¹³⁷ E. LAGRANGE, « La responsabilité des organisations pour violation... », *op. cit.*, n° 13, p. 201 (étant entendu que le pouvoir doit être ici distingué de la puissance).

¹³⁸ V. en ce sens S. BESSON, « La due diligence en droit international », *op. cit.*, n° 4, p. 247.

¹³⁹ S. FORLATI, « L'objet des différentes obligations primaires de diligence... », *op. cit.*, n° 16, p. 54.

internationale¹⁴⁰ et les activités de maintien de la paix, les « opérations militaires autorisées par le Conseil de sécurité, mais menées par les États ou des opérations conjointes »¹⁴¹, étant entendu que toutes les organisations internationales ne possèdent pas un tel mandat. La diligence requise met tout particulièrement à l'épreuve la méthode de causalité de la responsabilité internationale en matière d'opérations de maintien de la paix, car ces dernières supposent un enchevêtrement plus ou moins complexe d'actes réalisés par les organisations internationales, les États et leurs agents. Il en résulte une dilution de la causalité entre tous les acteurs qui conduit à la prise en compte de l'équivalence des conditions. En effet, le manque de diligence requise en tant que fondement de la responsabilité n'est guère envisageable dans le cadre d'une causalité stricte. Il est difficile de déterminer le rôle qu'a pu jouer une omission ou une négligence indépendamment d'autres faits illicites ou d'actions ayant concouru à la réalisation du dommage¹⁴².

La nature de la causalité communément recherchée dans la mise en œuvre de la responsabilité internationale est le premier élément remis en cause par l'insertion de la diligence requise dans l'ordre juridique international. En cas de concours des responsabilités des États et des organisations internationales, où ces dernières ont agi avec négligence, il ne peut leur être demandé d'indemnisation du fait de l'impossibilité de leur demander de réparer le préjudice qu'elles n'ont pas causé intégralement¹⁴³. Or, en cas de manque de diligence, la CIJ considère que la causalité peut être complémentaire, autrement dit que la responsabilité d'une organisation internationale peut être retenue pour négligence sans que celle-ci soit la seule cause du préjudice¹⁴⁴.

L'adaptation de l'ordre institutionnel aux exigences de la diligence requise a également conduit à la transformation de l'imputation au travers de la notion de contrôle effectif, laquelle diffère selon que l'organisation internationale est dans le processus normatif ou dans le processus d'exécution¹⁴⁵. Ce contrôle se subdivise en deux catégories. Les critères de l'engagement de la responsabilité internationale de l'organisation internationale pour fait illicite supposent d'une part un lien organique avec les organes et les agents, l'imputation présumée, et d'autre part le contrôle effectif des activités opérationnelles, l'imputation prouvée¹⁴⁶. Dans les activités de maintien de la paix, la responsabilité des organisations internationales peut notamment être engagée pour fait illicite en vertu de leur contrôle ou de leur complicité¹⁴⁷. Le manque de contrôle de l'organisation internationale pourrait être considéré comme une violation du devoir de diligence requise¹⁴⁸. Forte de ce nouveau paradigme fondateur de la responsabilité

¹⁴⁰ B. TAXIL, « Chapitre 31 Notions, sources et régimes de responsabilité », *op. cit.*, n° 17, p. 1006.

¹⁴¹ I. MOULIER, B. TAXIL, « Chapitre 32 — L'engagement de la responsabilité de l'organisation internationale », *op. cit.*, n° 17, p. 1021. V. également P. BODEAU-LIVINEC, L. DUBIN, « La responsabilité des institutions internationales... », *op. cit.*, n° 14, p. 245.

¹⁴² S. CASSELLA, « Les travaux de la commission du droit international... », *op. cit.*, n° 29, p. 20.

¹⁴³ CIJ, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, *op. cit.*, n° 7. § 462.

¹⁴⁴ *Ibid.*, §§ 430-431.

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 1021.

¹⁴⁶ I. MOULIER, B. TAXIL, « Chapitre 32 — L'engagement de la responsabilité de l'organisation internationale », *op. cit.*, n° 17, p. 1017.

¹⁴⁷ V. Articles 14-16, 58-60 des AROI.

¹⁴⁸ Article 17 des AROI. Selon PIERRE KLEIN, une obligation de vigilance ou de diligence requise est destinée aux organisations internationales au regard des activités sous leur contrôle lesquelles peuvent

internationale, la diligence requise participe, dans une certaine mesure, à une clarification de l'attribution de la responsabilité d'une organisation internationale pour négligence du fait du comportement de la personne privée. En effet, la responsabilité de ces organisations peut être engagée en cas d'agissement d'un de ses agents en qualité officielle et dans le cadre des fonctions générales de l'organisation¹⁴⁹ même s'il contrevient à ses instructions¹⁵⁰ et sur lequel les organisations internationales observent un contrôle effectif¹⁵¹. La question du contrôle effectif varie donc selon le degré d'autonomie de l'agent de l'organisation dans la réalisation des activités concernées¹⁵² et celle de l'exécutant de la décision d'une organisation internationale¹⁵³.

Dans le cadre de l'imputation prouvée, la diligence requise conduit l'ordre institutionnel à organiser la répartition des responsabilités. L'article 10-2 des AROI établit l'articulation entre les normes de diligence requise intéressant les organisations internationales et la violation par les États d'obligations primaires. Dans ce cas, la responsabilité pour violation du devoir de prévention prévaut. La responsabilité des organisations internationales pour manque de diligence est dès lors envisageable si elles ont enfreint une obligation de prévention, dans le cas où celle de la personne privée ne peut être mise en œuvre¹⁵⁴. Dans cette hypothèse, les organisations internationales sont responsables de leur propre comportement¹⁵⁵ et leur manque de contrôle sur la source du préjudice¹⁵⁶. En pratique, leur responsabilité pour leur propre négligence s'avère tout aussi difficile à mettre en œuvre que leur responsabilité du fait des personnes privées sous leur contrôle. Toutefois, les AROI et plus particulièrement leur article 17 font de la mise en œuvre d'une décision contraignante de l'organisation internationale par les États un cas particulier. Il dispose que la conduite en cause est à attribuer à l'État membre si elle constitue une violation des obligations internationales de cet État. En effet, il serait curieux de tenir un État membre pour responsable pour avoir mis en œuvre une décision prise collectivement par l'ensemble des membres de l'organisation internationale¹⁵⁷, même si certains États y sont favorables¹⁵⁸. Être membre d'une organisation internationale n'induit pas nécessairement pour les États d'engager leur responsabilité internationale quand l'organisation commet un acte illicite¹⁵⁹. En effet, les organisations internationales ne peuvent se défaire de leur responsabilité sur leurs

affecter les droits d'autres sujets de droit international (P. KLEIN, *La responsabilité des organisations internationales...*, *op. cit.* n° 32, pp. 361-362).

¹⁴⁹ Article 6 des AROI.

¹⁵⁰ Article 8 des AROI.

¹⁵¹ Article 7 des AROI.

¹⁵² M. PEREZ GONZALEZ, « Les organisations internationales et le droit de la responsabilité », *RGDIP*, t. XCII, 1988, p. 84.

¹⁵³ I. MOULIER, B. TAXIL, « Chapitre 32 - L'engagement de la responsabilité de l'organisation internationale », *op. cit.*, n° 17, p.1021.

¹⁵⁴ S. CASSELLA, « Les travaux de la commission du droit international... », *op. cit.*, n° 15, p.19.

¹⁵⁵ Article 43 des AROI.

¹⁵⁶ S. BESSON, « La due diligence en droit international », *op. cit.*, n° 4, pp. 346-347.

¹⁵⁷ P. PALCHETTI, « Responsibility of members of an international organizations: collective and/or individual ? », Colloque du 25 juin 2021, Théories du droit de la responsabilité internationale, organisé par S. BESSON, Chaire de droit international des institutions, Collège de France.

¹⁵⁸ V. La position de la Biélorussie, Documents officiels de l'Assemblée générale, Sixième Commission, soixantième session, 12e séance (A/C.6/60/SR.12), § 52.

¹⁵⁹ Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de la Soixante-troisième session, « Responsabilité d'un État à raison du comportement d'une organisation internationale », *op. cit.*, p. 164.

États membres¹⁶⁰. La responsabilité des États serait ici subsidiaire plutôt que concurrente¹⁶¹ et les États membres répondraient du devoir de mettre l'organisation internationale dans une position de remplir ses obligations pour assurer la réparation intégrale du préjudice lorsque l'organisation est incapable ou non désireuse d'y satisfaire¹⁶². Plus généralement, les États doivent aider l'organisation internationale à s'acquitter efficacement de leur devoir ou de leurs obligations¹⁶³. Dès lors, si l'État agit en accord avec une règle de l'organisation, il n'engage pas automatiquement sa responsabilité internationale¹⁶⁴.

Pourtant, la formation d'une organisation internationale ne peut aboutir à une sorte de limitation *erga omnes* de responsabilité ou d'immunité dans le cadre des relations avec les États non parties. Lorsqu'ils créent des organisations internationales, financières par exemple, les États n'en abandonnent pas pour autant leurs obligations. Dans le cas contraire, ils contourneraient leurs obligations par la création de ces sujets de droit international dont les obligations sont de moindre portée¹⁶⁵. Par conséquent, la responsabilité des organisations internationales pour manque de contrôle sur les contingents nationaux mis à disposition par les États est présumée. Cette présomption est néanmoins réfragable si la preuve d'agissements à la suite d'instructions de l'État d'envoi est rapportée¹⁶⁶. Les cours néerlandaises dans leurs décisions relatives à la détermination de la responsabilité pour le massacre de Srebrenica ont étendu la possibilité d'attribuer à l'État d'envoi la responsabilité de la conduite de son contingent national¹⁶⁷.

La diligence requise a donc provoqué une sorte de «révolution lente» de l'ordre institutionnel. Elle conduit à envisager les organisations internationales comme de véritables acteurs du maintien de la paix, en organisant l'articulation de leur responsabilité avec celle des États. Cependant, hormis dans le processus décisionnel et le cas de fautes lourdes et circonscrites à des domaines particuliers, il serait exagéré de considérer que la diligence requise a permis une mise en œuvre effective de la responsabilité des organisations internationales¹⁶⁸. Pour ce faire, il eût fallu qu'elle provoque un véritable détachement juridique de leurs sujets¹⁶⁹. Ce mouvement toutefois engagé, compte tenu de l'impact de la diligence requise dans la redistribution des rôles dans la mise en œuvre de l'intérêt commun.

¹⁶⁰ A. PELLET, Compte rendu analytique de la 2892e séance Extrait de l'Annuaire de la Commission du droit international 2006, vol. I, A/CN.4/SR 2892, § 10.

¹⁶¹ Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de la Soixante-troisième session, « Responsabilité d'un État à raison du comportement d'une organisation internationale », 26 avril-3 juin et 4 juillet-12 août 2011, Assemblée générale, Documents officiels, supp. n° 10 (A/66/10 et Add. 1), p. 164.

¹⁶² CIJ, *Interprétation de l'Accord du 25 mars 1951 entre l'OMS et l'Égypte*, *op. cit.*, note 36, §§ 89-90.

¹⁶³ V. P. BODEAU-LIVINEC, L. DUBIN, « La responsabilité des institutions internationales... », *op. cit.*, n° 14, p. 239. Article 42 des AROI.

¹⁶⁴ Articles 58 et 59 § 2 des AROI.

¹⁶⁵ E. CAMPBELL, E. DOMINIC, S. STADNIK, Y. WU, « Due diligence obligations... », *op. cit.*, n° 3, p. 555.

¹⁶⁶ P. PALCHETTI, « Responsibility of members of an international organizations: collective and/or individual ? », Colloque du 25 juin 2021, Théories du droit de la responsabilité internationale, organisé par S. BESSON, Chaire de droit international des institutions, Collège de France.

¹⁶⁷ *V. inter alia*, Supreme Court Hoge Raad, *Mothers of Srebrenica et al. v. State of the Netherlands*, Judgment, 19 July 2019 (jugement traduit en anglais).

¹⁶⁸ E. LAGRANGE, « La responsabilité des organisations pour violation... », *op. cit.*, n° 13, p. 212.

¹⁶⁹ J. KLABBERS, « Reflections on Role responsibility... », *op. cit.* n° 22, p. 1136.

B. Une lente redistribution des rôles dans la mise en œuvre de l'intérêt commun

La diligence requise permet d'appréhender les problématiques inhérentes au passage de la société à la communauté. Qu'elles soient à vocation d'intégration ou de coopération, la diligence requise conduit à envisager les organisations internationales comme organisées autour de l'intérêt commun¹⁷⁰. Celui-ci constitue une étape intermédiaire entre l'intérêt collectif, partagé par un grand nombre de sujets de droit international et l'intérêt général, distinct sans être totalement séparé de ceux des composantes de la société internationale. L'aspect moralisateur de la diligence requise renvoie à la notion d'ordre public international qui constitue un intérêt spécifique de la société internationale comme groupe et coexiste avec le modèle interétatique horizontal¹⁷¹. L'ordre public international concerne principalement les situations où les organisations internationales se comportent le plus comme des États et notamment les situations de transition consécutives à la perpétration de violations de normes de *jus cogens*. La CIJ a établi que l'obligation faite aux États en vertu de la Convention pour la répression du génocide leur imposait une obligation d'employer tous les moyens raisonnables à leur disposition afin de prévenir les crimes de droit international autant que possible¹⁷². Cette obligation s'est imposée aux organisations internationales, lesquelles sont désormais récipiendaires d'obligations positives de garantir l'effectivité des normes *erga omnes*¹⁷³. Elles doivent donc faire preuve de diligence dans le cadre d'obligations découlant de normes impératives du droit international¹⁷⁴, lesquelles constituent l'embryon de l'ordre public international¹⁷⁵ et dont le manquement aggravé pourrait constituer une négligence selon les AROI. Il en résulterait le déclenchement des obligations particulières de l'article 42¹⁷⁶. La transformation opérée par la diligence requise s'illustre également dans le cas du droit humanitaire¹⁷⁷, domaines qui dépassent la relativité du rapport de l'organisation internationale et de ses membres. Au moyen de la diligence requise, la société internationale sort ainsi d'une « mutualité de la souveraineté »¹⁷⁸ et se dirige lentement vers sa communautarisation.

1. Une spécialisation progressive des sujets de droit international

Si ces deux catégories d'intérêt peuvent se rejoindre, elles peuvent également entrer en concurrence voire en conflit, lorsqu'elles sont mises en œuvre par le même sujet de droit, surtout quand la société internationale intègre progressivement d'autres sujets de droit. La diligence requise accompagne l'introduction de nouvelles entités lesquelles deviennent objet de sa protection, comme l'humanité ou les générations futures¹⁷⁹, mais aussi des entreprises multinationales, lesquelles entrent progressivement dans l'ordre

¹⁷⁰ S. VILLALPANDO, *L'émergence de la communauté internationale dans la responsabilité des États*, PUF, Publications de l'institut universitaire de hautes études internationales, Genève, 2005, p. 26.

¹⁷¹ V. dans ce sens H. RUIZ-FABRI, « L'ordre public en droit international », in M.-J. REDOR (dir.), *L'ordre public : ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 85-108.

¹⁷² CIJ, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, *op. cit.*, note 12, pp. 113-114.

¹⁷³ Article 42 des AROI.

¹⁷⁴ Article 41 des AROI.

¹⁷⁵ H. RUIZ-FABRI, « L'ordre public en droit international », *op. cit.*, n° 175.

¹⁷⁶ S. BESSON, « La due diligence en droit international », *op. cit.*, n° 4, p. 293.

¹⁷⁷ S. FORLATI, « L'objet des différentes obligations primaires de diligence... », *op. cit.*, n° 16, p. 42.

¹⁷⁸ S. BESSON, « La due diligence en droit international », *op. cit.*, n° 4, p. 217.

¹⁷⁹ *IBID.*, p. 331.

juridique international compte tenu du soin qu'elles doivent apporter dans le processus décisionnel. La question de la protection des organisations internationales pour ces entités se pose en l'absence d'une véritable reconnaissance de la protection du droit international général à leur endroit. Ces nouveaux objets du droit sont protégés dans certains domaines dépassant l'intérêt individuel ou collectif des États, sans pour autant bénéficier d'une protection dédiée de la part des organisations internationales. La diligence requise en tant qu'instrument de mise en œuvre des fonctions sociales des organisations internationales pourrait constituer un moyen efficace pour prévenir — à défaut de pouvoir réparer — les dommages qui leur sont causés¹⁸⁰. Toutefois, la diligence requise ne peut, à elle seule, endosser cette protection à l'heure actuelle. En effet, une telle avancée supposerait des moyens que le principe de bonne gouvernance et surtout le droit international ne leur confèrent pas à l'heure actuelle. Si elle contribue au dépassement de la société de coexistence, la diligence requise ne l'éradique pas pour autant. En effet, la diligence requise bute souvent, dans le processus décisionnel, sur les intérêts des ordres des États membres¹⁸¹, lesquels constituent finalement le premier domaine de protection du droit international.

Par conséquent, la diligence requise contribue à la distinction de la protection de ces deux catégories d'intérêt en fonction de ses sujets. En d'autres termes, les organisations internationales sont conduites à se concentrer sur l'intérêt commun tandis que les intérêts des individus sont assurés par les États. Certes, la communautarisation à laquelle participe la diligence requise entretient un lien étroit avec la résurgence de l'individu dans l'ordre juridique international¹⁸². Toutefois, la protection de ce sujet dérivé n'est pas naturelle pour les organisations internationales qui, les juridictions pénales internationales mises à part, les considèrent encore largement comme des objets du droit international, dont la protection revient encore aux États. Le devoir de ne pas nuire des organisations internationales a donc été étendu pour assurer le respect des « droits et intérêts communs des populations et de leurs États »¹⁸³. Elles demeurent potentiellement assujetties à des obligations de respect diligent des droits de l'homme par traité¹⁸⁴ ou en vertu de leur mandat de maintien de la paix et de la sécurité pour des organisations telles que l'ONU¹⁸⁵, l'UA¹⁸⁶ ou encore l'ASEAN¹⁸⁷. Plus généralement, les organisations internationales doivent respecter les droits de l'homme qui ont atteint le niveau de *jus cogens* ou de droit coutumier¹⁸⁸. Qu'il s'agisse d'obligations ou de devoirs de prévention et de protection diligentes liées aux droits de l'homme, ces exigences concernent principalement des risques de préjudices du fait des États, d'organisations internationales, ou de personnes privées à l'endroit des individus¹⁸⁹ ou de certains

¹⁸⁰ E. LAGRANGE, « La responsabilité des organisations pour violation... », *op. cit.*, n° 8, p. 190.

¹⁸¹ *Ibid.*, p. 200.

¹⁸² *Ibid.*, p. 204.

¹⁸³ CIJ, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, *op. cit.*, n° 61, §§ 241-242 ; CIJ, *Pâte à papier*, *op. cit.*, n° 61 § 101 ; CIJ, *Costa Rica c. Nicaragua*, *op. cit.*, n° 24 § 104.

¹⁸⁴ S. BESSON, « La due diligence en droit international », *op. cit.*, n° 4, p. 352.

¹⁸⁵ V. Articles 1 et 24 de la Charte des Nations Unies.

¹⁸⁶ Article 3(f) de l'Acte constitutif de l'Union africaine du 11 juillet 2000.

¹⁸⁷ Article 1(1) de la Charte de l'ASEAN.

¹⁸⁸ V. p. ex. Article 22 du Pacte International des droits économiques, sociaux et des droits culturels, 16 décembre 1966, Nations Unies, Recueil des traités, volume 993 n° 3, entré en vigueur le 3 janvier 1976 ; E. CAMPBELL, E. DOMINIC, S. STADNIK, Y. WU, « Due diligence obligations... », *op. cit.*, n° 8, p. 552-553.

¹⁸⁹ S. BESSON, « La due diligence en droit international », *op. cit.*, n° 4, p. 352.

groupes. Dans ce domaine, la diligence requise des organisations internationales consiste en une obligation de prévention qui se décline en une obligation d'apprécier le risque de manière diligente, de le notifier aux victimes potentielles ou encore d'adopter des mesures de protection¹⁹⁰.

Cependant, en matière de droits de l'homme, la diligence requise n'est que d'application limitée à l'endroit des organisations internationales tandis qu'elle est d'application étendue pour les États¹⁹¹ du fait des compétences résultant de leur souveraineté¹⁹². La protection des droits de l'homme s'accorde donc mieux avec les prérogatives étatiques qu'avec celles des organisations internationales. Dans ce domaine, la diligence requise est liée de manière inhérente à la causalité directe¹⁹³. Or, nous l'avons vu, celle-ci n'est pas compatible avec la diligence requise pour les organisations internationales¹⁹⁴. Le Comité des droits de l'homme semble confirmer cette distinction entre les États et les organisations internationales en matière de diligence requise dans ses communications 3042/2017 et 3043/2017. Jusqu'ici, pour les États, le contrôle effectif dans ce cadre s'observe dans le rapport entretenu entre le débiteur et le bénéficiaire de l'obligation de diligence requise¹⁹⁵ tandis que le critère du contrôle effectif, également applicable aux organisations internationales¹⁹⁶, est plus lâche et plus occasionnel¹⁹⁷. En élargissant le champ d'application de l'obligation étatique de diligence requise, le Comité l'a rapproché du devoir de diligence des organisations internationales. La distinction n'en est pas moins demeurée puisque, ce faisant, le Comité a également requalifié le contrôle effectif, critère de la diligence requise des États en lien de dépendance¹⁹⁸, reprenant le champ lexical de la puissance publique, spécifique des attributs de l'État. Cette disparité est le reflet d'une dissociation de mission entre les sujets de droit international et démontre l'évolution de l'avis de 1949 de la CIJ. Les statuts s'harmonisent, mais les compétences et les missions sont progressivement réparties entre les États et les organisations internationales.

Cette répartition n'est pourtant pas absolue. Même si les obligations des organisations internationales en matière de droits de l'homme n'ont pas la même portée que celles des obligations étatiques, elles persistent en tant que standard minimum de ne pas nuire, lequel exige que les organisations internationales prennent des mesures positives pour qu'aucun dommage ne soit occasionné aux bénéficiaires des droits¹⁹⁹. La diligence requise des organisations internationales en la matière constitue donc le minimum nécessaire leur permettant de satisfaire le devoir de respect des droits de l'homme²⁰⁰, à

¹⁹⁰ S. FORLATI, « L'objet des différentes obligations primaires de diligence... », *op. cit.*, n° 16, p. 48-54.

¹⁹¹ V. CEDH, *Al-dulimi et montana management inc. c. Suisse*, Requête n° 5809/08, 26 novembre 2013.

¹⁹² E. CAMPBELL, E. DOMINIC, S. STADNIK, Y. WU, « Due diligence obligations... », *op. cit.* n° 8, p. 551.

¹⁹³ *Ibid.*, p. 552.

¹⁹⁴ V. *supra*.

¹⁹⁵ S. BESSON, « La due diligence en droit international », *op. cit.*, n° 4, p. 346.

¹⁹⁶ Article 7 des AROI.

¹⁹⁷ E. LAGRANGE, « La responsabilité des organisations pour violation... », *op. cit.*, n° 8, p. 214.

¹⁹⁸ S. JAMAL, « Comité des droits de l'homme, *A.S., D.I., O.I. and G.D. c. Malte*, 13 mars 2020, communication n° 3043/2017, U.N. doc. CCPR/C/128/D/3043/2017 et *A.S., D.I., O.I. and G.D. c. Italie*, 4 novembre 2020, Communication n° 3042/2017, U.N. doc. CCPR/C/130/D/3042/2017, n° 20, 2021.

¹⁹⁹ V. *supra*. E. CAMPBELL, E. DOMINIC, S. STADNIK, Y. WU, « Due diligence obligations... », *op. cit.*, n° 3, p. 552, 584.

²⁰⁰ *Ibid.*, p. 584.

savoir le devoir *ex ante* d'identifier et délimiter les risques potentiels des atteintes aux droits de l'homme²⁰¹. Il reste à la charge des États leur prévention. Le maintien de cette « double protection » ne bénéficie pas toujours à l'individu. En confiant par exemple la détention d'HISSENE HABRE au Sénégal dans la poursuite, le jugement et l'incarcération de l'ancien dictateur par les Chambres africaines extraordinaires (CAE), l'Union africaine semble avoir manqué de diligence à l'égard des droits du mis en cause, en ce qu'elle a manqué à son obligation coutumière de ne pas nuire. Le dictateur tchadien est décédé le 24 août 2021 dans les prisons sénégalaises après avoir contracté la COVID-19. Le Sénégal a affirmé par voie de presse que le dictateur tchadien n'avait pas contracté la pandémie pendant sa détention, s'exonérant ainsi de sa responsabilité. HISSENE HABRE a pourtant contracté la maladie quelques jours plus tôt sans être sorti du centre pénitentiaire. Autrement dit, malgré les risques particuliers liés à l'âge et au dommage potentiel au droit à la vie subséquent dans le cas de l'ancien dictateur tchadien, l'UA et le Sénégal n'ont pas suffisamment pris en compte la reprise de la pandémie et sa propagation dans les prisons sénégalaises.

Devant ce refus de responsabilité de la part de l'État hôte, les victimes indirectes de cette négligence — à commencer par les victimes en attente de réparations — n'auront d'autre choix que de se tourner vers l'organisation internationale pour demander réparation. Un tel cas de figure risque de rencontrer des difficultés majeures. D'une part, le droit international de la détention établit des obligations à faible normativité pour les États, compte tenu des différences entre les systèmes juridiques internes. Ces disparités sont reconnues explicitement par l'*Ensemble de règles minima pour le traitement des détenus* approuvé par le Conseil économique et social des Nations Unies²⁰², lequel ne peut être considéré comme un *corpus juris* coutumier. Son application ne peut donc être présumée en l'espèce. D'aucuns pourraient avancer que cet ensemble remplit les conditions de la norme coutumière, à savoir la pratique des États et l'*opinio juris*. Néanmoins, plus que dans tout autre domaine, tant cet ensemble que les autres composantes anecdotiques du droit international de la détention, souffrent d'une pratique disparate dans les systèmes juridiques internes. En outre, la pratique étatique concernant les conditions de détention est plus qu'erratique malgré la présence de normes internationales de protection de la personne incarcérée²⁰³. L'*opinio juris* serait donc malaisée à démontrer. D'autre part, selon l'article 26 du Statut des CAE, le contrôle de la détention est dévolu aux institutions nationales. Seule une conformité aux standards internationaux y est exigée sans pour autant organiser de recours en cas de leur violation. Le manque de diligence de l'Union africaine aura donc les plus grandes difficultés à être soulevé. Cet exemple souligne non seulement la faible normativité du devoir de diligence requise privé de bases obligationnelles, mais aussi la distinction entre organisations internationales de coopération et d'intégration. L'Union européenne en tant que « représentante » des organisations internationales d'intégration ne connaît pas la

²⁰¹ V. S. DIAS, « Jam v IFC before the D.C. District Court: Forget the Floodgates, there won't even be a Trickle », *EJIL Talk!*, 1st April 2020.

²⁰² Ce droit repose notamment sur l'*Ensemble de règles minima pour le traitement des détenus* approuvé par le Conseil économique et social dans ses résolutions 663 C (XXIV) du 31 juillet 1957 et 2076 (LXII) du 13 mai 1977.

²⁰³ V. notamment Convention contre la torture, et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, Adoptée et ouverte à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 39/46 du 10 décembre 1984, entrée en vigueur le 26 juin 1987, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1465, n° 24 841, p. 85.

difficulté d'application pratique que connaissent les organisations internationales de coopération, compte tenu tant de l'influence de la Charte des droits fondamentaux et de la Convention européenne des droits de l'homme sur son *corpus juris*²⁰⁴.

2. Une spécialisation inachevée

Plusieurs solutions peuvent être envisagées pour poursuivre cette redistribution des rôles dans la mise en œuvre de l'intérêt commun. Réorganiser le lien entre les États et les organisations internationales en replaçant l'égalité souveraine au centre de leur mandat présenterait l'intérêt « d'identifier des standards minimaux de bonne organisation institutionnelle applicables aussi aux organisations internationales »²⁰⁵, lesquels devront être suffisamment communs voire universels. Une telle solution aurait l'avantage d'introduire un régime général des organisations internationales de diligence requise. *A fortiori*, ce régime général contribuerait à une meilleure définition des rôles. En effet, l'on peut raisonnablement imaginer que seules les activités assurées par les organisations internationales seraient susceptibles de bénéficier de ce régime de diligence. Cette proposition doit être envisagée avec précaution. Le point le plus important à sa défaveur réside dans l'irréductibilité des trois limites au développement des organisations internationales : leur enfermement dans le principe de spécialité, leur absence de base territoriale, la grande variété de leurs fonctions non fongibles dans la responsabilité de protéger²⁰⁶. Dit autrement, établir un régime général de diligence se heurterait au manque de régime général des organisations internationales. Pour établir un standard général permettant de s'accorder sur un rôle précis des organisations internationales, à l'instar des États en matière de protection des droits de l'homme, il faudrait donc que les États membres consacrent et reconnaissent véritablement l'indépendance des organisations internationales. À l'heure où les tentatives d'ingérences de certains États dans la politique des organisations internationales sont encore légion, comme les récentes interdictions d'entrée sur le territoire prononcées par Donald Trump à l'encontre d'agents du Bureau du Procureur de la CPI, le sacre ne semble pas être prévu dans un avenir proche. Les avis demeurent partagés quant à ce rôle d'institutions propres vers lequel la diligence requise semble orienter les organisations internationales. Certains travaux de la CDI prônent l'indépendance des organisations internationales aux intérêts de leurs États membres, et partant une centralisation de leur rôle autour de l'intérêt commun, en vertu d'une personnalité juridique internationale, analogue à celle des États²⁰⁷. Pourtant, pour une partie de la doctrine, les organisations internationales demeurent ancrées dans un rôle de protection de la souveraineté de leurs États membres au détriment des intérêts des États tiers²⁰⁸. Dès lors, si la diligence requise des organisations internationales est annonciatrice de changements, ces derniers doivent être poursuivis par d'autres instruments qu'une simple répartition des domaines de protection en vertu des spécificités statutaires de chacun.

²⁰⁴ S. BESSON, « La due diligence en droit international », *op. cit.*, n° 4, p. 353.

²⁰⁵ *IBID.*, p. 267.

²⁰⁶ E. LAGRANGE, « La responsabilité des organisations pour violation... », *op. cit.*, n° 13, p. 198.

²⁰⁷ V. en ce sens et *inter alia* G. GAJA, « Quatrième rapport sur la responsabilité des organisations internationales », A/CN.4/564, Add 1-2, § 67.

²⁰⁸ P. PALCHETTI, « Responsibility of members of an international organizations: collective and/or individual ? », Colloque du 25 juin 2021, Théories du droit de la responsabilité internationale, organisé par S. BESSON, Chaire de droit international des institutions, Collège de France.

Si une telle hypothèse devait être envisagée, il faudrait enfin prévoir une articulation de responsabilité qui, pour l'heure, n'en est qu'à ses prémices d'un point de vue juridique. D'une part, une meilleure définition, intra et intercatégorielle, des mandats des différents sujets de droit international, devrait être organisée. S'assurer qu'une organisation internationale peut être responsable pour manquement ou négligence est une chose, mais la détermination des responsabilités de chacun lors d'opérations complexes en est une autre. La diligence requise, instrument de responsabilisation et de responsabilité, risque de conduire, en l'absence d'une construction plus générale d'un régime d'organisation de la société mondiale, à une plus grande pluralité mal ordonnée de responsables. Il sera donc malaisé pour les victimes de dommage d'obtenir réparation intégrale en raison de la chaîne de dommages potentiels causés par la négligence. La responsabilité collective des États membres pourrait être la clef vers ce nouveau monde. Elle aurait le mérite d'installer la diligence requise comme devoir général. En effet, la responsabilité collective des États membres, subsidiaire ou non, pour un fait internationalement illicite de l'organisation présuppose toujours la violation par l'organisation d'une de ses obligations²⁰⁹. Surtout, aucune de ces deux solutions n'aurait pour mérite de clarifier cette timide répartition des rôles dans la mise en œuvre de l'intérêt commun. Il serait donc aujourd'hui utopique de considérer que la diligence seule puisse répartir les rôles dans le cadre de la mise en œuvre de l'intérêt commun. Elle a cependant le mérite de participer à la mise en ordre de la société internationale.

Chacune des apparitions de la diligence requise est toujours annonciatrice de bouleversements dans l'ordre juridique international. Appliquée aux organisations internationales, elle pouvait être légitimement considérée comme annonciatrice de grands changements. Elle a en effet permis de concrétiser et développer certaines obligations primaires, mais aussi de créer un devoir dans certaines situations afin de pallier l'impossibilité d'engager la responsabilité des organisations internationales lors de la survenance de dommages²¹⁰. Elle a également contribué à combler les lacunes d'un ordre institutionnel issues du statut des organisations internationales. Toutefois, la diligence requise est un instrument juridique insuffisant pour déclencher la révolution que beaucoup espèrent. En d'autres termes, si la diligence requise a créé une dynamique vertueuse au sein des organisations internationales²¹¹, il reste un long chemin à parcourir. L'inertie de l'ordre institutionnel et le caractère limité de la *Kompetenz-Kompetenz* conduisent à un certain *statu quo*, ou plutôt à des changements peu perceptibles pour les sujets de droit concernés. Certes, les organisations internationales ne sont plus seulement des fora de rencontres interétatiques. Elles ont désormais un rôle significatif dans la mise en œuvre de l'intérêt commun. La diligence requise des organisations internationales apparaît ainsi dans les opérations de maintien de la paix, ou dans des situations quasi étatiques²¹². La diligence requise a donc, mais dans une certaine mesure seulement, rééquilibré la situation juridique entre les organisations internationales et les États, sujets primaires du droit international. Cependant, comme tout concept issu des droits internes, elle rencontre des difficultés d'adaptation à l'ordre institutionnel international. Comme dans la plupart de ces cas de figure, les difficultés apparaissent

²⁰⁹ Article 62 des AROI.

²¹⁰ ILA, « Accountability of international organisations final report », 2004.

²¹¹ E. LAGRANGE, « La responsabilité des organisations pour violation... », *op. cit.*, n° 13, p. 229.

²¹² S. BESSON, « La due diligence en droit international », *op. cit.*, n° 4, p. 230.

dès l'étape de la transposition, faute de système cohérent susceptible d'accueillir ce concept. Il conviendrait d'envisager la diligence requise des organisations internationales par le prisme de la théorie générale des obligations puisqu'elle entretient un lien irréductible avec elles. Seul un tel rattachement permettrait l'émergence cohérente d'un régime général de la diligence requise. Seulement, tel n'est pas le choix réalisé par la CDI. Quoiqu'il en soit, la diligence requise a le mérite d'interroger tant le statut des organisations internationales que la nécessité d'une typologie de leurs obligations²¹³. Seul un tel rattachement permettrait l'émergence cohérente d'un régime général de la diligence requise. Or, tel n'est pas le choix réalisé par la CDI. Il faut enfin réfléchir à un véritable régime de la responsabilité pour négligence que les AROI ne prévoient pas. Les espoirs d'une société internationale juste pourraient être satisfaits sans pour autant mettre à mal l'ordre institutionnel existant. Il faudra surtout cesser d'attendre des organisations internationales ce que peuvent fournir les États, à savoir de parler d'une seule voix au moyen d'éléments soi-disant incontestables réalisés par des experts qui deviennent les gardiens des gardiens²¹⁴. Autrement dit, « (...) créées pour combler une lacune résultant de la simple coexistence des souverainetés »²¹⁵, les organisations internationales sont devenues des gouvernants particuliers chargés des intérêts communs. Pour l'heure, elles demeureront des sujets particuliers du droit international chargés d'assurer que la protection internationale ne se transformera pas en menace pour les autres sujets de droit international.

²¹³ B. Taxil, « Chapitre 31 – Notions, sources et régimes de responsabilité », *op. cit.*, n°31, p. 1001.

²¹⁴ *Ibid*, p. 279.

²¹⁵ E. LAGRANGE, « La responsabilité des organisations pour violation... », *op. cit.*, n° 8, p. 190.

DAO, code et loi : le régime technologique et juridique de la *decentralized autonomous organization*

Mme Florence Guillaume,
*Professeur de droit privé et droit international privé à l'Université de Neuchâtel (Suisse),
LexTech Institute*

M. Sven Riva,
Doctorant en droit international privé, Université de Neuchâtel (Suisse), LexTech Institute

I. Introduction

Au mois de novembre 2021, un mystérieux groupe d'amateurs de cryptomonnaies dénommé « ConstitutionDAO » a tenté d'acquérir un exemplaire original de la Constitution américaine de 1787 lors d'une vente organisée à New York par une grande maison d'enchères. Si la mise a finalement été remportée par un autre enchérisseur, l'histoire retiendra que cette entité a réalisé une levée de fonds spectaculaire par financement participatif atteignant presque 50 millions de dollars en quelques jours sur le réseau Ethereum. Cet exploit a été rendu possible grâce à la portée mondiale de ce réseau utilisant la technologie *blockchain*. ConstitutionDAO a tiré profit de cette technologie en réunissant une communauté de membres au sein d'une organisation autonome décentralisée (*decentralized autonomous organization*), communément désignée par le terme « DAO », dans le but de recueillir suffisamment de fonds afin d'acquérir collectivement l'exemplaire de la Constitution américaine mise aux enchères. À première vue, ConstitutionDAO a toutes les prérogatives d'une société, dès lors qu'il s'agit d'une entité économique formée de plusieurs personnes unissant leurs ressources en vue d'atteindre un but commun. Mais cette société numérique a été créée en quelques minutes au moyen de la technologie *blockchain* sans aucune référence à un droit national. La particularité des DAOs réside dans le fait qu'elles existent très souvent uniquement dans l'espace numérique de la *blockchain* sans être rattachées à un État. Alors, de quoi s'agit-il exactement ?

Une DAO peut être décrite très simplement comme étant une entité constituée et opérant sur une *blockchain* qui est gérée collectivement par ses membres détenant des droits de gouvernance (*tokens* de gouvernance). Le processus décisionnel, notamment quant à l'utilisation des fonds de la DAO, implique la participation des membres qui votent en ligne sur les propositions de décision qui sont soumises à la communauté de la DAO (*proposals*).

Le lancement de The DAO en 2016 sur le réseau Ethereum a révélé au grand public la possibilité d'utiliser la technologie *blockchain* pour permettre à des personnes ne se connaissant pas de mettre en commun des ressources financières pour une cause particulière au sein d'entités gérées de manière collective sans aucune forme de pouvoir central¹. Ce projet pionnier a également attiré l'attention sur les risques liés à l'investissement de cryptomonnaies dans des entités dénuées d'organes, d'administrateurs ou de représentants. L'échec retentissant de The DAO n'a pas pour autant freiné le développement des DAOs, dont le nombre en activité (en constante augmentation) est estimé à presque 200 à ce jour gérant un total d'environ 14 milliards

¹ Au sujet de l'histoire de The DAO, voir S. RIVA, « Decentralized Autonomous Organizations (DAOs) in the Swiss Legal Order », *Yearbook of Private International Law*, Vol. 21 (2019/2020), pp. 601-638, spéc. pp. 610 s.

de dollars d'actifs cryptographiques², étant précisé que de nombreuses DAOs déjà constituées ne sont pas encore opérationnelles et ne le seront peut-être jamais.

L'explosion du nombre de DAOs est révélatrice du fait que ce nouveau type d'organisation sociale est partie intégrante de l'écosystème de la *blockchain*. Les DAOs offrent de nouvelles opportunités de collaboration au niveau mondial, dans un environnement sécurisé par la technologie, répondant aux besoins de la crypto-économie. Si beaucoup de DAOs sont utilisées à des fins commerciales, toutes sortes d'autres objectifs peuvent également être poursuivis à travers ces entités décentralisées autonomes (par exemple un but caritatif, un but de financement de projets, etc.).

Les DAOs peuvent prétendre s'affranchir des règles de droit aussi longtemps que leurs activités restent confinées à l'environnement dématérialisé de la *blockchain*. Leur constitution et leur gouvernance peuvent en effet reposer uniquement sur du code informatique. De même, leurs relations avec des tiers peuvent être formalisées au moyen de *smart contracts* opérant sur la *blockchain*. Ces sociétés numériques sont cependant rattrapées par le droit lorsque leurs activités entrent en contact avec le monde physique. En raison du caractère intrinsèquement international des DAOs, les règles de droit international privé entrent alors en jeu et compliquent le raisonnement visant à déterminer les règles de droit applicables. La difficulté est d'autant plus importante que les États n'ont pas encore adopté de régime juridique spécifique aux DAOs, sous réserve de quelques exceptions notoires.

La présente contribution est consacrée au statut de la DAO et traite, plus particulièrement, de la relation entre le code et la loi dans la constitution d'une DAO, son organisation interne et ses relations avec les tiers. Elle s'ouvre sur ces premiers mots d'introduction (I.), suivis d'une brève description du rôle du code informatique dans la création et la gouvernance d'une DAO (II.). La portée qu'il est possible d'accorder aux lois nationales dans la constitution et l'organisation d'une DAO sera ensuite examinée, avec un accent sur la reconnaissance de l'existence de ces entités dans les ordres juridiques nationaux (III.). Cette analyse mettra en exergue l'insécurité juridique dans laquelle se trouvent aujourd'hui les DAOs. Au vu du caractère foncièrement international de ces entités, l'adoption d'un corps de règles unifiées au niveau international serait, *a priori*, le meilleur moyen de définir un régime juridique adapté à leurs particularités intrinsèques. C'est la démarche suivie par un groupe international d'experts qui a rédigé une loi type sur les DAOs proposant un régime juridique uniforme pour ces entités décentralisées autonomes (IV.). La présentation des principales règles de cette loi type sera suivie, en guise de conclusion, d'une analyse critique mettant en évidence la difficulté à appréhender avec des règles de droit une solution technologique créée hors du droit (V.).

II. DAO et code

Les DAOs sont des entités constituées et gouvernées uniquement par du code informatique. Il est nécessaire de comprendre les fondements technologiques sur lesquels reposent ces sociétés numériques pour mieux cerner leurs contours. Les DAOs existant actuellement sont en principe créées dans l'environnement numérique de la *blockchain* Ethereum. Les règles de gouvernance des DAOs sont définies dans le *smart contract* ou le réseau de *smart contracts* composant leur code. Notre propos sera limité à

² Selon le site <https://deepdao.io> qui répertorie les principales DAOs en activité.

ces deux éléments essentiels, à savoir le concept de *smart contract* (**A.**) et celui de *blockchain* (**B.**).

A. Gouvernance des DAOs par smart contract

Le terme « *decentralized autonomous organization* » a été utilisé pour la première fois par Vitalik Buterin dans l'Ethereum White Paper de 2013, où il écrit que « *[t]he logical extension of [smart contracts] is decentralized autonomous organizations (DAOs) – long-term smart contracts that contain the assets and encode the bylaws of an entire organization* »³.

Le concept d'entité décentralisée autonome avait déjà été lancé quelques mois auparavant par Daniel et Stan Larimer qui avaient relevé la possibilité d'utiliser la technologie *blockchain* pour constituer une *decentralized autonomous corporation* (DAC), une sorte de société numérique dont le code représente les statuts et dont les détenteurs de jetons en sont les actionnaires⁴. L'analyse des Larimer portait sur la *blockchain* Bitcoin dont le fonctionnement était comparé à celui d'une société. Buterin a étendu la portée de ce concept initial pour exposer le potentiel d'utilisation de la *blockchain* Ethereum qu'il s'apprêtait à lancer et qui introduisait la possibilité de faire des *smart contracts*⁵. Il s'est ainsi attaché à décrire la manière dont la mise en réseau de plusieurs *smart contracts* permettrait de créer un système organisationnel autonome dont la gouvernance serait inscrite dans les *smart contracts*.

Le terme « *smart contract* » a été utilisé pour la première fois en 1994 par Nick Szabo qui a défini ce concept comme étant un protocole de transaction informatisé qui exécute les conditions d'un contrat⁶. Dans ce modèle initial, le *smart contract* est présenté comme un moyen de gagner en efficacité dans l'exécution d'un contrat, tout en réduisant les coûts de transaction, grâce à la rapidité de l'environnement numérique et la garantie de l'exécution automatique de toutes les prestations contractuelles. De manière simplifiée, un *smart contract* peut être décrit comme un ensemble d'instructions données à un ordinateur dans un langage spécifique.

Les *smart contracts* qui sont actuellement utilisés pour définir la gouvernance des DAOs sont inscrits sur une *blockchain*⁷. Il n'est pas inutile de décrire très brièvement cette technologie, car c'est de son utilisation que découle le caractère à la fois décentralisé et autonome des DAOs.

B. Constitution des DAOs au moyen de la technologie blockchain

La *blockchain* est une technologie des registres électroniques distribués (TRD, *distributed ledger technology*)⁸. La fonction élémentaire de la TRD est de maintenir une base de

³ V. BUTERIN, *Ethereum White Paper – A Next Generation Smart Contract & Decentralized Application Platform*, Blockchain research network, novembre 2013, <https://ethereum.org/en/whitepaper/> (consulté le 6.12.2021).

⁴ D. LARIMER, *Overpaying For Security – The Hidden Costs of Bitcoin*, The Let's Talk Bitcoin! Network, 7.09.2013, <https://letstalkbitcoin.com/is-bitcoin-overpaying-for-false-security> ; S. LARIMER, *Bitcoin and the Three Laws of Robotics*, The Let's Talk Bitcoin! Network, 14.09.2013, <https://letstalkbitcoin.com/bitcoin-and-the-three-laws-of-robotics> (consultés le 6.12.2021).

⁵ Pour un exposé de la genèse du concept de DAO, voir RIVA (n. 1), pp. 607-610.

⁶ N. SZABO, « Formalizing and Securing Relationships on Public Networks », *First Monday*, Vol. 2, 01.09.1997, <https://firstmonday.org/ojs/index.php/fm/article/view/548> ; IDEM, « Smart Contracts », <https://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart.contracts.html> (consultés le 6.12.2021).

⁷ Actuellement, les DAOs sont constituées en principe sur Ethereum. Les *smart contracts* peuvent néanmoins tout à fait fonctionner dans un autre environnement informatique que la *blockchain*.

⁸ Pour une description plus complète des caractéristiques de base de la technologie *blockchain*, voir p.ex. F. GUILLAUME, « L'effet disruptif des *smart contracts* et des DAOs sur le droit international privé », *in*

données distribuée, permettant de garantir l'intégrité des informations stockées par un réseau d'utilisateurs qui ne se font pas mutuellement confiance. La *blockchain* Bitcoin intègre ce principe, ce qui lui a permis de proposer la première monnaie cryptographique. Le réseau Bitcoin n'est rien d'autre qu'un registre électronique distribué contenant toutes les transactions de sa cryptomonnaie (le bitcoin), lesquelles sont enregistrées simultanément dans un grand nombre d'ordinateurs organisés en réseau et répartis à travers le monde (les « nœuds »). Le réseau d'ordinateurs est organisé de façon pair-à-pair (*peer-to-peer*), ce qui signifie que le registre contenant toutes les transactions est distribué auprès de tous les nœuds faisant partie du réseau, supprimant ainsi le besoin de procéder à un enregistrement centralisé ou à la création de copies maître. Les nœuds sont en communication permanente de manière à partager en continu l'état de la *blockchain* et à vérifier les nouvelles transactions. Il s'agit d'une technologie entièrement gérée de façon décentralisée par une communauté d'utilisateurs dispersés à travers le monde. Ce modèle de gestion commune et décentralisée des données par de multiples participants offre la transparence nécessaire pour garantir l'intégrité des données et, donc, la sécurité des transactions.

Le fait qu'il ne soit pas nécessaire que le réseau soit géré de façon centralisée est une caractéristique essentielle de cette technologie. En soi, une *blockchain* peut être publique et accessible à tout un chacun sans autorisation (*public permissionless blockchain*). Tel est le cas, par exemple, des *blockchains* Bitcoin et Ethereum. Il y a cependant d'autres modèles de *blockchain* qui sont gérés de façon centralisée par un organe central (par exemple, un État, une banque ou un intermédiaire financier) et qui ne sont accessibles que sur autorisation (*private permissioned blockchain*). La majorité des DAOs sont actuellement créées sur la *blockchain* Ethereum, mais il est tout à fait envisageable de constituer des DAOs sur des *blockchains* gérées de façon centralisée. Par exemple, un État pourrait exiger qu'une DAO organisée selon sa loi nationale soit nécessairement constituée sur une *blockchain* étatique.

La technologie *blockchain* permet de constituer les DAOs en offrant la sécurité et la pérennité nécessaires à leur bon fonctionnement, car toutes les informations les concernant sont stockées de façon immuable et transparente sur le registre électronique tenu de façon distribuée. Le code d'une DAO, composé d'un ou de plusieurs *smart contracts*, est distribué sur tous les nœuds de la *blockchain* sur laquelle elle est basée. Un nombre indéterminé de personnes se trouvant à travers le monde peuvent ainsi rejoindre une DAO et participer collectivement à sa gestion. La gouvernance d'une DAO est théoriquement distribuée entre tous ses membres qui prennent des décisions de manière décentralisée, rendant ainsi inutile le recours à un organe central. Le caractère décentralisé des DAOs résulte donc de l'utilisation d'une technologie des registres électroniques distribués. Les *smart contracts*, qui définissent l'organisation et le fonctionnement d'une DAO, s'imposent à ses membres et participants⁹ dès lors que son logiciel ne peut s'exécuter que selon les règles inscrites dans son code. Autrement dit, les membres et participants d'une DAO ne peuvent influencer sur ses actions qu'en prenant une décision collective conformément aux règles de gouvernance inscrites dans

A. RICHA, D. CANAPA (édit.), *Droit et économie numérique*, Berne, éditions Stämpfli, 2021, pp. 35-59, spéc. pp. 37-41, ainsi que RIVA (n. 1), pp. 603-607.

⁹ Le terme « membres d'une DAO » désigne en principe les personnes qui ont des droits de gouvernance dans la DAO ; le terme « participants d'une DAO » se réfère en principe aux personnes détenant des *tokens* d'une DAO sans droit de gouvernance.

son code. C'est en cela que la DAO est indépendante de ses membres et participants et, donc, autonome¹⁰.

Sur cette base, une DAO peut être définie comme une entité créée par le déploiement d'un logiciel autonome fonctionnant sur un système distribué permettant à un réseau d'acteurs d'interagir et de gérer des ressources sur une base transparente et selon les règles définies par le code du logiciel¹¹.

Cette définition ne doit pas occulter le fait que les DAOs peuvent prendre diverses formes. Sven Riva a introduit à ce titre une distinction utile entre deux formes de DAOs, à savoir les *top layer* DAOs et les *ground layer* DAOs¹². La première forme correspond à la notion, retenue dans la présente contribution, d'une société numérique ayant une fonction semblable à celle d'une société au sens traditionnel du terme. Les DAOs appartenant à la seconde forme ne prétendent pas fonctionner d'une manière semblable aux sociétés, mais offrent une plateforme pour réaliser des transactions de biens cryptographiques et permettent, dans certains cas, à des formes plus complexes de DAOs d'utiliser leur infrastructure pour opérer. Bitcoin ou Ethereum peuvent, par exemple, être qualifiées, à ce titre, de *ground layer* DAOs¹³.

III. DAO et loi

La portée juridique des *smart contracts* est reconnue peu à peu, mais de façon hésitante. Cette question doit être traitée par chaque État dans l'exercice de sa souveraineté. Il appartient en effet au législateur national de décider si les *smart contracts* peuvent avoir une portée juridique et quelle est cette portée. Aux États-Unis d'Amérique, par exemple, plusieurs États ont reconnu la validité d'un contrat qui est exécuté sur la *blockchain* au moyen d'un *smart contract*¹⁴, voire d'un *smart contract* en tant que tel¹⁵. En Suisse, la portée juridique des *smart contracts* est controversée¹⁶ : certains auteurs considèrent qu'il s'agit uniquement d'un mode d'exécution du contrat¹⁷, alors que d'autres estiment qu'un *smart contract* peut être qualifié de contrat et avoir une portée juridique propre¹⁸. La Loi fédérale sur la technologie des registres distribués¹⁹, entrée en vigueur le 1^{er} août 2021, ne traite pas de cette question, car le législateur suisse considère qu'il est prématuré de

¹⁰ Pour une analyse complète de la notion de DAO, voir RIVA (n. 1), pp. 612-616.

¹¹ RIVA (n. 1), p. 614.

¹² RIVA (n. 1), p. 616.

¹³ Bitcoin est d'ailleurs considérée comme étant la première DAO ayant été constituée. Voir *supra* chapitre II. A.

¹⁴ Voir p.ex., Arizona House Bill 2417 of 29 March 2017 ; New York Assembly Bill 8780 of 27 November 2017 ; Tennessee House Bill 1507 of 26 March 2018 ; Arkansas House Bill 1944 of 16 April 2019.

¹⁵ Voir p.ex., Illinois House Bill 3575 of 23 August 2019.

¹⁶ Voir p.ex. GUILLAUME (n. 8), pp. 43-46.

¹⁷ A. FURRER, « Die Einbettung von Smart Contracts in das schweizerische Privatrecht », *Anwaltsrevue* 2018/3, pp. 103-115, spéc. p. 109 ; G. JACCARD, B. OLIVIER, « Smart Contracts and the Role of Law », *Jusletter IT*, 23 novembre 2017, N 8 s. ; S. MEYER, B. SCHLUPPI, « 'Smart Contracts' und deren Einordnung in das schweizerische Vertragsrecht », *Recht* 2017/3, pp. 204-224, , spéc. p. 208 ; R.H. WEBER, « Leistungsstörungen und Rechtsdurchsetzung bei Smart Contracts : Eine Auslegeordnung möglicher Problemstellungen », *Jusletter*, 4 décembre 2017, N 2.

¹⁸ B. CARRON, V. BOTTERON, « Le droit des obligations face aux 'contrats intelligents' », in B. CARRON, C. MÜLLER (édit.), *3e Journée des droits de la consommation et de la distribution, Blockchain et Smart Contracts – Défis juridiques*, Bâle, éditions Helbing Lichtenhahn, 2018, pp. 1-50, spéc. pp. 14-16 ; C. MÜLLER, « Les 'smart contracts' en droit des obligations suisse », in B. CARRON, C. MÜLLER (édit.), *3e Journée des droits de la consommation et de la distribution, Blockchain et Smart Contracts – Défis juridiques*, Bâle, éditions Helbing Lichtenhahn, 2018, pp. 51-114, spéc. p. 68.

¹⁹ Loi fédérale sur l'adaptation du droit fédéral aux développements de la technologie des registres électroniques distribués du 25.09.2020 (RO 2021 33).

légiférer en matière de *smart contracts*²⁰. De son côté, le législateur européen est en train d'examiner l'opportunité de la création d'un cadre juridique pour les *smart contracts* en lien avec la construction du marché unique numérique (*digital single market*)²¹.

La portée juridique des DAOs dépend également de l'appréhension de cette nouvelle forme d'organisation sociale dans l'ordre juridique dans lequel la question se pose. Ce sont les règles de droit en vigueur qui déterminent si une DAO a une existence juridique dans la juridiction d'un État. Si cette nouvelle forme d'organisation sociale a déjà été intégrée dans quelques droits nationaux, le droit de la très grande majorité des États ne permet pas de constituer des DAOs (**A.**). Dans les États qui ont adopté des règles de droit pour les DAOs, celles-ci sont considérées comme des sociétés. La qualification société paraît en effet devoir s'imposer pour les DAOs constituées conformément à la loi d'un État, mais cette qualification est plus délicate pour la très grande majorité des DAOs en activité qui sont constituées sans aucune référence à une loi nationale (**B.**). La question se pose de l'existence juridique des DAOs lorsque leurs activités sortent de l'environnement numérique (**C.**). En l'absence de règles de droit uniformes applicables aux DAOs, la portée de leurs actes peut recevoir une réponse différente d'un État à l'autre, ce qui crée une situation de forte insécurité juridique (**D.**).

A. Règles de droit applicables aux DAOs

Au moins trois États²² ont déjà légiféré et adopté des lois permettant la constitution de DAOs et définissant leur organisation. Une DAO constituée selon la loi d'un de ces États présente la particularité d'avoir des règles de gouvernance conformes aux prescriptions figurant dans le droit de l'État en vertu duquel elle s'est organisée. Nous désignons ce type de DAO dont le code est conforme à la loi d'un État par le terme « DAO régulée »²³.

Dans les États ayant adopté une loi sur les DAOs, celles-ci sont considérées comme des sociétés et sont inscrites dans le registre des sociétés. Ces entités décentralisées autonomes existent non seulement sur la base de leur code, mais aussi en vertu de la loi. Elles sont traitées de la même manière que les autres formes de sociétés et bénéficient en principe d'une personnalité juridique qui leur est accordée par la loi qui les régit. Les DAOs régulées se distinguent des autres types de sociétés essentiellement par le fait que leur gouvernance requiert l'utilisation de *smart contracts*.

La très grande majorité des DAOs ne sont cependant pas constituées conformément à la loi d'un État. Les DAOs sont en principe créées exclusivement dans l'environnement

²⁰ CONSEIL FEDERAL, « Bases juridiques pour la *distributed ledger technology* et la *blockchain* en Suisse », 14.12.2018, pp. 84 s., <https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/55151.pdf> (consulté le 6.12.2021).

²¹ Voir T. SCHREPEL, « Smart Contracts and the Digital Single Market Through the Lens of a “Law + Technology” Approach », Commission européenne, 21 octobre 2021, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3947174 (consulté le 6.12.2021).

²² À savoir Malte (Maltese Bill No C 689, Innovative Technology Arrangements and Services Act (2018), <https://legislation.mt/eli/cap/592/eng/pdf>), l'État américain du Vermont (Vermont Act No 205 (S.269), An act relating to blockchain business development, <https://legislature.vermont.gov/Documents/2018/Docs/ACTS/ACT205/ACT205%20As%20Enacted.pdf>), ainsi que celui du Wyoming (Wyoming Act No 73 (SF0038), Wyoming Decentralized Autonomous Organization Supplement, <https://legiscan.com/WY/text/SF0038/id/2359146>) (consultés le 6.12.2021).

²³ Selon la terminologie établie par RIVA (n. 1), pp. 601-638, lequel distingue les *regulated* DAOs, constituées conformément à la loi d'un État, des *maverick* DAOs, qui ne le sont pas.

numérique sans aucune référence à un ordre juridique. Nous désignons ce type de DAO, qui tire son existence uniquement de son code, par le terme « *maverick* DAOs »²⁴.

L'appréhension des *maverick* DAOs par le droit est délicate. La question se pose de savoir si ces entités décentralisées autonomes peuvent être reconnues comme ayant une existence juridique lorsque leurs actes sortent de l'environnement numérique et ont un impact dans la juridiction d'un État. On peut se demander, par exemple, quelle est la portée juridique d'un contrat signé par une *maverick* DAO. Est-ce l'entité décentralisée autonome qui est engagée – de la même manière qu'une société bénéficiant de la personnalité morale – ou ses membres ? Si la DAO ne peut pas être titulaire de droits et obligations, ses membres s'engagent-ils de façon collective ou individuelle ? Ou faut-il considérer que le contrat avec une DAO est tout simplement nul, faute de cocontractant ?

D'un point de vue juridique, les DAOs qui n'ont pas été constituées en vertu de la loi d'un État soulèvent deux principales difficultés. Premièrement, une *maverick* DAO peut-elle être qualifiée de société quand bien même son existence ne repose pas sur la loi d'un État ? Deuxièmement, si une *maverick* DAO peut être qualifiée de société, est-il possible de lui reconnaître une personnalité juridique ? La réponse à ces deux questions peut être différente en fonction de l'État dans lequel elles sont examinées. Il est en effet inévitable de se référer au droit national en l'absence de réglementation internationale applicable aux DAOs. Il y a donc un risque important que le statut d'une seule et même *maverick* DAO soit fractionné, dans le sens que l'entité décentralisée autonome ne sera pas traitée de manière identique dans tous les États. Cette situation d'insécurité juridique est regrettable car la question du statut d'une *maverick* DAO est d'autant plus susceptible de se poser dans plusieurs États que ces entités décentralisées autonomes sont par nature internationales²⁵.

À ce stade du raisonnement, un élément de complication supplémentaire intervient inévitablement. Lorsque la question de l'existence juridique d'une DAO se pose dans un État dont le droit ne permet pas la constitution de ce type d'entité décentralisée autonome, le statut juridique de la DAO considérée sera en principe déterminé par un autre droit. Il sera dès lors nécessaire de rechercher la loi applicable à la DAO au moyen des règles de conflit de lois. Cette affirmation est en tout cas correcte s'agissant des DAOs régulées. La détermination de la *lex sociÉtatis* d'une DAO régulée, au moyen des règles de droit international privé de l'État du for, permettra d'appréhender son statut juridique et, le cas échéant, de reconnaître son existence juridique en tant que société étrangère²⁶. Il en va de même pour les *maverick* DAOs : lorsque l'existence juridique d'une DAO constituée sans référence à un droit particulier est examinée, le recours aux règles de droit international privé est inévitable pour déterminer quelle loi est applicable à cette question. L'insécurité juridique est importante car ces règles peuvent conduire à l'application aussi bien du droit du for que d'un droit étranger. Par exemple, si un juge suisse s'intéresse au statut d'une *maverick* DAO, les règles de droit international privé suisses peuvent potentiellement l'amener à appliquer le droit suisse ou un droit étranger

²⁴ Ce type de DAO constituée hors du droit est également désignée par d'autres termes, tels que « *alegal* DAO », « *anational* DAO », « *stateless* DAO », ou « *unregistered* DAO ».

²⁵ RIVA (n. 1), p. 620.

²⁶ Dans l'hypothèse où la DAO régulée faisant l'objet de cet examen peut être qualifiée de société selon les règles de droit international privé de l'État du for.

pour déterminer si cette DAO peut être qualifiée de société et, dans l'affirmative, pour examiner si elle a une existence juridique en Suisse, comme nous allons le voir.

B. *Qualification des DAOs de sociétés*

En droit international privé suisse²⁷, le critère de l'organisation est déterminant pour distinguer une société d'un contrat. Sont qualifiées de sociétés toutes les entités présentant une organisation suffisante, étant précisé qu'il peut s'agir aussi bien de sociétés de personnes organisées que de patrimoines organisés²⁸. La qualification « société » suppose une organisation interne reconnaissable de l'extérieur par les tiers²⁹. Si une entité n'est pas suffisamment organisée, elle ne peut pas être qualifiée de société et devra en principe être qualifiée de contrat.

La qualification dépend des caractéristiques de l'entité considérée et ne peut donc pas être opérée de manière abstraite. Les DAOs régulées étant des formes de sociétés dans leur droit d'origine, on peut partir du principe qu'elles seront suffisamment organisées pour être qualifiées de sociétés en droit international privé suisse³⁰. En revanche, compte tenu de la variété de *maverick* DAOs entrant dans la définition que nous avons retenue³¹, il ne nous paraît pas possible de considérer de manière générale qu'une *maverick* DAO sera suffisamment organisée pour entrer dans la notion de société au sens du droit international privé suisse³². Il n'est donc pas exclu qu'une qualification contractuelle soit retenue pour une telle DAO, sur la base de l'analyse de son degré d'organisation.

L'enjeu de la qualification d'une DAO de société est sa reconnaissance en tant qu'entité juridique indépendante de ses membres et participants (i.e. les détenteurs de ses *tokens*). Seule une DAO qualifiée de société est susceptible d'être reconnue comme telle et, par voie de conséquence, de se voir appliquer – au moins par analogie – la fiction attribuant une personnalité juridique aux sociétés. Une telle DAO pourra être qualifiée de société (numérique) dans le monde physique et aura donc la capacité d'acquies valablement des droits et obligations et, si nécessaire, d'agir ou d'être atraite en justice. Il convient de relever que cette problématique n'intervient que lorsqu'une DAO agit en dehors de l'environnement numérique. Par exemple, lorsqu'un contrat de travail est conclu entre une *maverick* DAO et un développeur informatique, la question se pose de la portée juridique de l'engagement contractuel. Le contrat ne pourra pas être considéré comme valable si la DAO n'a pas la capacité de s'engager contractuellement. Seule une DAO dont l'existence juridique est reconnue peut s'engager valablement avec des cocontractants dans le monde physique. Si la DAO ne peut pas valablement contracter, la relation contractuelle risque de lier un ou plusieurs membres de la DAO à titre personnel si ceux-ci peuvent être identifiés.

²⁷ Nous prenons l'ordre juridique suisse comme système de référence, mais le raisonnement est transposable, *mutatis mutandis*, dans les autres ordres juridiques. Les règles de droit international privé suisses figurent essentiellement dans la Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP, RS 291).

²⁸ L'art. 150 LDIP a la teneur suivante : « (1) Au sens de la présente loi, on entend par société toute société de personnes organisée et tout patrimoine organisé. (2) Les sociétés simples qui ne sont pas dotées d'une organisation sont régies par les dispositions de la présente loi relatives au droit applicable en matière de contrats. ».

²⁹ F. GUILLAUME, « Article 150 LDIP », in A. Bucher (édit.), *Loi sur le droit international privé – Convention de Lugano*, Commentaire romand, Bâle, éditions Helbing Lichtenhahn, 2011, N 3.

³⁰ RIVA (n. 1), p. 625.

³¹ Voir *supra* chapitre II.B.

³² Pour une analyse de plusieurs DAOs au regard de l'art. 150 LDIP, voir RIVA (n. 1), pp. 625-627.

C. Existence juridique des DAOs

Lorsqu'une DAO peut être qualifiée de société en droit international privé suisse, il s'agit ensuite d'examiner si elle peut être reconnue comme une société étrangère. Si tel est le cas, elle aura une existence juridique en Suisse, pourra être titulaire de droits et obligations sur territoire suisse, et agir ou être atraite en justice devant les tribunaux suisses.

Comme la question de la reconnaissance des sociétés étrangères n'est pas réglementée au niveau international, il appartient à chaque État de déterminer à quelles conditions une société constituée selon un droit étranger peut avoir une existence juridique sur son propre territoire³³. En Suisse, les sociétés étrangères sont reconnues de plein droit sans qu'il soit nécessaire de procéder à des formalités particulières³⁴. Une société étrangère ne peut cependant exister dans l'ordre juridique suisse que si elle a été valablement constituée selon le droit qui la régit³⁵. Une société est en principe régie par le droit en vertu duquel elle s'est organisée, subsidiairement par le droit de l'État dans lequel elle est administrée en fait³⁶. Lorsque la société est administrée dans plusieurs États, le critère subsidiaire de rattachement à l'État d'administration désigne l'État dans lequel se trouve l'administration centrale de la société³⁷.

Il en résulte qu'une DAO peut être reconnue en Suisse, et donc avoir une existence juridique distincte de celle de ses membres, si elle peut être qualifiée de société et qu'elle a été valablement constituée selon le droit qui la régit. Cette démarche est relativement aisée pour les DAOs régulées. Il s'agit en effet uniquement de reconnaître en Suisse l'existence juridique d'une organisation sociale qui a déjà une existence juridique dans l'État dont elle a appliqué le droit pour se constituer³⁸. Par exemple, une DAO LLC (*limited liability company*) du Vermont pourra être reconnue en Suisse comme toute autre LLC organisée selon la loi de cet État. Comme ce type d'entité est suffisamment organisé pour être qualifié de société en droit international privé suisse, une DAO LLC sera reconnue automatiquement en Suisse comme société étrangère si elle a été valablement constituée selon la loi de l'État du Vermont.

Si la situation juridique est claire s'agissant d'une DAO régulée, elle est plus délicate pour une *maverick* DAO, car cette forme d'entité décentralisée autonome n'est par définition pas organisée selon un droit étatique et n'a, en principe, pas d'administration centrale dans un État. Le rattachement d'une *maverick* DAO à l'ordre juridique d'un État serait dès lors totalement artificiel. Il nous paraît par conséquent douteux qu'une *maverick* DAO puisse être reconnue en Suisse comme société étrangère³⁹.

Il convient cependant de réserver le cas particulier où il serait possible de localiser l'administration centrale d'une *maverick* DAO (qualifiée de société) dans un État

³³ Voir M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, Paris, éditions LGDJ, 6^{ème} éd., 2021, N 55 ss.

³⁴ F. GUILLAUME, « Article 154 LDIP », in A. Bucher (édit.), *Loi sur le droit international privé – Convention de Lugano*, Commentaire romand, Bâle, éditions Helbing Lichtenhahn, 2011, N 43.

³⁵ GUILLAUME (n. 34), N 44.

³⁶ L'art. 154 LDIP a la teneur suivante : « (1) Les sociétés sont régies par le droit de l'Etat en vertu duquel elles sont organisées si elles répondent aux conditions de publicité ou d'enregistrement prescrites par ce droit ou, dans le cas où ces prescriptions n'existent pas, si elles se sont organisées selon le droit de cet Etat. (2) La société qui ne remplit pas ces conditions est régie par le droit de l'Etat dans lequel elle est administrée en fait. ».

³⁷ GUILLAUME (n. 34), N 19.

³⁸ RIVA (n. 1), pp. 629 s.

³⁹ RIVA (n. 1), pp. 631 s. ; Guillaume (n. 8), p. 54.

particulier. Cette situation pourrait se présenter, par exemple, lorsque la qualité de détenteur de *tokens* est réservée aux personnes résidant dans un seul et même pays, ou lorsque les *core developers* (i.e. les développeurs principaux) de la DAO sont employés par une société et que l'on considérerait que la DAO est administrée par cette société au lieu de son siège⁴⁰. Le critère de rattachement subsidiaire à l'État dans lequel la société est administrée en fait permettrait alors d'ancrer la DAO dans un État et de lui appliquer la loi de cet État. Par exemple, s'il est possible de considérer que l'administration centrale d'une *maverick* DAO se trouve en Suisse, celle-ci sera régie par le droit suisse.

Comme le droit suisse ne connaît pas la forme juridique de la DAO, il conviendra alors de transposer cette entité décentralisée autonome dans le droit suisse pour déterminer les règles du droit matériel suisse régissant son statut⁴¹. Cette démarche revient à rechercher dans le droit matériel suisse l'institution juridique remplissant les mêmes fonctions que la DAO considérée. Il s'agit d'une opération classique en droit international privé qui est inévitable lorsque les règles applicables sont celles d'un droit ne connaissant pas une institution étrangère. Plusieurs formes sociales du droit suisse pourraient être considérées, comme le placement collectif de capitaux⁴² ou le club d'investissement⁴³, mais la qualification la plus probable est la société simple⁴⁴ dans la mesure où il s'agit de la forme de société subsidiaire à laquelle on recourt « par défaut ». Quelle que soit la forme de société du droit suisse qui sera considérée comme étant la plus proche de la DAO examinée, il est très peu probable que celle-ci ait été constituée conformément aux dispositions du droit suisse applicables à ce type de société⁴⁵. En outre, il n'est pas exclu qu'une *maverick* DAO ne puisse être intégrée à aucune forme de société du droit suisse. Par exemple, la forme de la société simple⁴⁶ requiert une fidélité et une loyauté entre les associés qu'il est difficile d'attendre de la part des membres d'une DAO qui ne se connaissent pas et dont la réelle identité est, la plupart du temps, cachée derrière un pseudonyme. Il ne semble pas non plus approprié de considérer tous les membres d'une DAO comme étant personnellement et solidairement responsables des engagements pris à l'égard de tiers – sur le modèle du régime de responsabilité de la société simple – pour la seule raison qu'ils sont titulaires de droits de gouvernance. Lorsqu'il n'est pas possible de transposer une *maverick* DAO dans une forme de société du droit suisse, la DAO en question sera probablement qualifiée de contrat mixte *sui generis* lorsque les règles du droit suisse sont applicables⁴⁷. Dans un cas comme dans l'autre, l'application du droit suisse à une *maverick* DAO aura donc en principe pour conséquence que l'entité décentralisée autonome ne pourra pas être reconnue en Suisse comme société étrangère.

⁴⁰ Le droit de certains États (notamment la société anonyme (SA) à conseil d'administration en droit français) admet qu'une personne morale puisse être membre du conseil d'administration d'une société.

⁴¹ RIVA (n. 1), p. 632.

⁴² M. HESS, P. SPIELMAN, « Cryptocurrencies, Blockchain, Handelsplätze & Co. – Digitalisierte Werte unter Schweizer Recht », in T.U. REUTTER, T. WERLEN (édit.), *Kapitalmarkt – Recht und Transaktionen XII*, Zurich/Bâle/Genève, éditions Schulthess, 2017, pp. 145-202, spéc. p. 192 ; D. YERLY, C. BOULAY, « Intervention by Olivier Hari : Cryptocurrencies and DAO », in *Fintech, Bitcoins, Blockchains, Decentralized autonomous organizations (DAOs) : the future is bright, the future is decentralized*, *Jusletter IT Flash*, 26 janvier 2017, N 15.

⁴³ HESS, SPIELMAN (n. 42), p. 192.

⁴⁴ HESS, SPIELMAN (n. 42), pp. 191 s. ; D. YERLY, C. BOULAY, « Intervention by Blaise Carron : Aspects of contractual law », in *Fintech, Bitcoins, Blockchains, Decentralized autonomous organizations (DAOs) : the future is bright, the future is decentralized*, *Jusletter IT Flash*, 26 janvier 2017, N 18 ; G. JACCARD, « Smart Contracts and the Role of Law », *Jusletter IT*, 23 novembre 2017, N 97.

⁴⁵ GUILLAUME (n. 8), pp. 48 s.

⁴⁶ Voir art. 530 ss CO (Loi fédérale complétant le Code civil suisse – Codes des obligations, RS 220).

⁴⁷ GUILLAUME (n. 8), p. 49.

D. *Insécurité quant au régime juridique des DAOs*

À ce stade de l'analyse, nous pouvons conclure que la situation juridique des *maverick* DAOs est incertaine à deux égards. Premièrement, la qualification de société ne s'impose pas nécessairement. Il peut s'avérer compliqué d'assimiler le régime juridique d'une *maverick* DAO à celui d'une société. En tout cas, il n'est pas possible d'admettre de manière générale que la qualification de société s'impose pour ce type d'entité décentralisée autonome. Deuxièmement, si une *maverick* DAO peut être qualifiée de société, la reconnaissance de son existence juridique reste laborieuse. En admettant qu'une *maverick* DAO doive se faire reconnaître comme société étrangère, pareille reconnaissance ne sera envisageable que si l'entité considérée remplit les conditions requises par l'État dans lequel la question de son existence juridique se pose. Même dans un État comme la Suisse qui reconnaît automatiquement les sociétés étrangères à la seule condition qu'elles aient été constituées valablement, il est douteux qu'une *maverick* DAO puisse avoir une existence juridique. L'exemple suisse montre que la reconnaissance d'une *maverick* DAO de la même manière qu'une société étrangère se heurte à plusieurs écueils juridiques. Les mêmes difficultés se retrouveront chaque fois qu'un droit ne contenant pas de règles spécifiques aux DAOs doit déterminer leur statut juridique⁴⁸.

Lorsque la question de l'existence juridique d'une *maverick* DAO dans un État est examinée, la principale difficulté consiste à déterminer les règles de droit applicables. Ce type d'entités décentralisées autonomes étant constituées hors du droit, il est par définition compliqué de leur appliquer des règles de droit. Celles-ci n'ont en effet pas été conçues pour appréhender les effets juridiques d'un code informatique. Pour remédier à cette difficulté intrinsèque, certains États ont adopté des dispositions légales définissant le régime juridique des DAOs⁴⁹. Mais cela ne règle pas nécessairement le problème de la reconnaissance des DAOs régulées constituées selon la loi d'un autre État, ni celui de l'existence juridique des *maverick* DAOs. Dans un État dont la loi ne traite pas des DAOs, celles-ci seront considérées dans le meilleur des cas comme des entités étrangères. Leur existence juridique dépendra alors des règles de reconnaissance des sociétés étrangères dans cet État, pour autant que ces règles soient susceptibles de s'appliquer à ce type d'organisation sociale.

L'utilisation d'une DAO crée par conséquent une situation de forte insécurité juridique qui est exacerbée par le fait qu'il s'agit d'entités intrinsèquement internationales. Une même DAO peut être appréhendée différemment d'un État à l'autre, en fonction de sa qualification et des règles applicables sur cette base. Cela peut avoir pour conséquence, par exemple, que le juge d'un État considère qu'une DAO est responsable de ses engagements contractuels alors que le juge d'un autre État arrive à la conclusion inverse. Mais force est de constater que cette situation est inévitable et n'est pas propre aux DAOs. Toute relation juridique de droit privé ayant un caractère international recèle en effet une part d'imprévisibilité au niveau du droit applicable.

Pour remédier à cette insécurité juridique, la meilleure solution consisterait à uniformiser les règles de droit applicables aux DAOs au niveau international. Cela permettrait d'éviter un traitement différencié des entités décentralisées autonomes dans

⁴⁸ Le droit du Wyoming proscrit même explicitement la reconnaissance d'une DAO étrangère, voir Wyoming Statutes § 17-31-116, <https://wyoleg.gov/NXT/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm> (consulté le 6.12.2021).

⁴⁹ Cf. *supra* chapitre III.A.

les divers ordres juridiques. Cette démarche supposerait de reconnaître universellement l'existence d'un nouveau type d'organisation sociale, la DAO, dont le régime juridique serait défini de façon identique dans tous les États. La DAO serait ainsi une sorte de « société numérique internationale » de droit privé, dans le sens qu'elle serait régie par un corps de règles unifiées adoptées au niveau international sans être rattachée à un ordre juridique particulier. Cette approche trouverait sa justification dans le fait qu'une DAO a un caractère intrinsèquement international rendant artificielle toute tentative de rattachement à un État spécifique.

IV. Loi type sur les DAOs de COALA

Le groupe de travail international COALA (Coalition of Automated Legal Applications), composé d'experts issus des milieux juridique et technologique⁵⁰, a suivi la voie de l'unification du régime juridique des DAOs au niveau international. La COALA Model Law for Decentralized Autonomous Organizations (DAOs)⁵¹, qui est en phase de consultation, propose un corps de règles définissant un cadre juridique souple adapté aux caractéristiques des DAOs et prenant en considération leurs besoins particuliers actuels et futurs. La Loi type sur les DAOs (dont le texte est reproduit en annexe) a pour objectif d'aider les États à moderniser leur droit des sociétés en adoptant des règles de droit matériel applicables aux DAOs. Elle est également conçue comme un guide des meilleures pratiques pour les DAOs, car toute DAO respectant les exigences de cette loi aura une existence juridique dans les États ayant repris ses règles dans leur ordre juridique. Bien plus, toute DAO conforme aux prescriptions de la Loi type sur les DAOs aura la personnalité juridique dans tous les États acceptant d'appliquer les dispositions de cette loi.

La rédaction de la Loi type sur les DAOs part du postulat de base que les DAOs ne peuvent pas rester indéfiniment à l'extérieur de la loi. Dans la mesure où les États devront, tôt ou tard, faire entrer les entités décentralisées autonomes dans leurs ordres juridiques, il est préférable d'uniformiser les règles applicables aux DAOs pour apporter une certaine prévisibilité à leur traitement par le droit. Cette approche législative s'écarte de celle consistant à définir un régime juridique des DAOs au moyen de règles de droit nationales⁵². La Loi type sur les DAOs ne s'inscrit pas dans une logique d'autoréglementation dans laquelle les règles tirent leur légitimité uniquement du fait qu'elles sont adoptées par la communauté *blockchain*. L'efficacité de cette loi implique bien au contraire la participation des États qui doivent adopter ou transposer ces règles uniformes dans leur propre droit interne – d'une manière ou d'une autre – pour leur octroyer une portée juridique.

Le préambule de la Loi type sur les DAOs introduit les concepts centraux d'équivalence fonctionnelle et réglementaire (**A.**), puis la Loi type définit la notion de DAO (**B.**), précise sa portée (**C.**), établit des règles de gouvernance des DAOs (**D.**), et définit leur traitement fiscal (**E.**). Chaque disposition est assortie d'un commentaire.

⁵⁰ Le groupe de travail était composé principalement des personnes suivantes : Constance Choi, Primavera De Filippi, Rick Dudley, Silke Noa Elrifai, Fatemeh Fannizadeh, Florence Guillaume, Andrea Leiter, Morshed Mannan, Greg McMullen, Sven Riva, Ori Shimony.

⁵¹ La COALA Model Law for Decentralized Autonomous Organizations (DAOs) est disponible à l'adresse suivante : <https://coala.global/reports/#1623963887316-6ce8de52-e0a0> (consulté le 6.12.2021).

⁵² À ce sujet, voir F. GUILLAUME, « Aspects of private international law related to blockchain transactions », in D. KRAUS, T. OBRIST, O. HARI (édit.), *Blockchains, Smart Contracts, Decentralised Autonomous Organisations and the Law*, Cheltenham/Northampton, Edward Elgar Publishing, 2019, pp. 49-82, spéc. pp. 71-75.

A. Équivalence fonctionnelle et réglementaire

Les concepts d'équivalence fonctionnelle et réglementaire sont au centre de la Loi type. S'agissant de notions relativement peu connues, elles valent la peine d'être exposées brièvement.

L'équivalence fonctionnelle et l'équivalence réglementaire sont des principes utilisés, dans la Loi type, pour identifier les situations dans lesquelles la technologie permet de répondre à des exigences légales sans respecter strictement la lettre de la loi. Ces principes permettent de reconnaître la portée juridique d'une solution technologique qui est équivalente à celle prévue par la loi, sans avoir à modifier le texte légal. Le recours à l'équivalence fonctionnelle ou réglementaire présente l'avantage de permettre aux États qui adopteront la Loi type de considérablement moderniser leur droit sans être contraints de procéder à des réformes légales profondes.

L'équivalence fonctionnelle est utilisée lorsqu'une solution technologique qui n'est pas prévue par la loi remplit la même fonction que celle de l'exigence légale. Pour établir une équivalence fonctionnelle, il faut identifier l'objectif normatif ou le but visé par une norme juridique, puis démontrer que cet objectif ou ce but peut être atteint aussi bien par l'exigence prévue par la loi que par une solution technologique. On citera à titre d'exemple la signature électronique qui, de par ses caractéristiques techniques, permet d'identifier l'auteur d'un document et de certifier son accord avec le contenu au même titre qu'une signature manuscrite⁵³. La technologie offre dans ce contexte suffisamment de sécurité contre la falsification pour que la signature électronique soit considérée comme étant au moins aussi sécurisée qu'une signature manuscrite. Les deux types de signatures peuvent donc être considérés comme fonctionnellement équivalents, avec pour conséquence qu'il n'est pas nécessaire de modifier les règles de droit exigeant une signature manuscrite pour tenir compte de la possibilité de faire une signature électronique.

Quant à l'équivalence réglementaire, elle repose sur le même principe de base que l'équivalence fonctionnelle mais s'en distingue par sa portée plus large. L'équivalence réglementaire permet de prendre en considération un changement de paradigme introduit par une nouvelle solution technologique. Elle intervient lorsque les exigences d'une norme légale sont devenues désuètes car le but normatif est indirectement atteint ou a perdu tout son sens dans le cadre nouvellement introduit par la technologie. Par exemple, une DAO étant *de facto* enregistrée dans le registre d'une *blockchain* lors de sa création, une norme légale exigeant son enregistrement dans un registre étatique au même titre que les autres types de sociétés serait redondante. En effet, l'exigence d'enregistrement d'une société a pour but de garantir la publicité de certaines informations telles que le nom des fondateurs de la société, sa raison sociale, sa nature juridique, ou encore son capital social. Par ailleurs, le registre où ces données sont enregistrées est tenu par un organe étatique afin de garantir le principe de publicité et l'effet de foi publique. Or, le type d'information requis lors de l'inscription d'une société dans un registre étatique est, dans le cas des DAOs, *de facto* librement accessible sur la *blockchain*. Les informations concernant les aspects organiques d'une DAO sont non seulement transparentes, mais également de nature fiable dès lors qu'elles sont stockées

⁵³ Voir la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques (2001), N 154, https://uncitral.un.org/fr/texts/ecommerce/modellaw/electronic_signatures (consulté le 6.12.2021).

de façon immuable sur le registre électronique⁵⁴. Il existe donc une équivalence réglementaire entre l'enregistrement de la DAO sur la *blockchain* et l'enregistrement des sociétés traditionnelles dans un registre étatique permettant de considérer que cette dernière exigence est *de facto* nécessairement accomplie au moment de la création de la DAO. Notons à ce sujet que le législateur suisse a déjà reconnu l'équivalence entre une donnée inscrite sur la *blockchain* et une donnée inscrite dans un registre étatique et a ainsi accepté d'attribuer un effet de foi publique au registre d'une *blockchain*⁵⁵.

B. *Notion de DAO*

La Loi type définit la DAO comme étant une entité juridique dont le but, qui peut être de nature commerciale, mutualiste, sociale, environnementale ou politique, doit être précisé dans ses statuts (art. 1). Il ressort de cette définition qu'une DAO peut non seulement être une entité à but lucratif, mais peut aussi être utilisée à de multiples fins non commerciales. Le terme « statuts d'une DAO » désigne les règles définissant les interactions des membres et participants, notamment la gouvernance et la procédure de prise de décision. Ces règles organisationnelles étant programmées en langage informatique dans le code de la DAO, elles doivent également être énoncées en langage clair, sous forme de texte ou d'enregistrement sonore, visuel ou audiovisuel (art. 3 ch. 5). Il est en effet important que tout un chacun puisse les consulter, même sans avoir des connaissances informatiques particulières, afin de pouvoir prendre connaissance des aspects organiques de la DAO et son but.

D'un point de vue technique, une DAO est définie comme un ensemble de *smart contracts* (i.e. du code informatique inscrit sur la *blockchain*), déployés sur une *blockchain* publique accessible sans autorisation (*public permissionless blockchain*), mettant en œuvre des règles spécifiques de prise de décision ou de gouvernance permettant à une multiplicité d'acteurs de se coordonner de manière décentralisée⁵⁶. Ces règles organisationnelles doivent être techniquement, mais pas nécessairement opérationnellement, décentralisées (art. 3 ch. 7). Le commentaire de la loi précise à ce sujet que la DAO doit pouvoir être au moins potentiellement gouvernée de façon décentralisée, même si elle ne l'est pas dans les faits.

La Loi type n'a ainsi vocation à s'appliquer qu'aux entités décentralisées autonomes opérant sur une *blockchain* publique accessible sans autorisation. En outre, seules les *unregistered DAOs* entrent dans le champ d'application de la Loi type, à savoir les DAOs qui sont créées en dehors du cadre juridique défini par une loi nationale et qui ne sont pas enregistrées dans un registre des sociétés (i.e. les *maverick DAOs* dans notre terminologie). La Loi type ne s'applique donc pas aux *registered DAOs* qui sont organisées conformément à la loi d'un État et qui sont enregistrées dans un registre des sociétés (i.e. les DAOs régulées dans notre terminologie).

C. *Portée de la Loi type sur les DAOs*

⁵⁴ Voir *supra* chapitre II.B.

⁵⁵ Voir le Message du Conseil fédéral relatif à la loi fédérale sur l'adaptation du droit fédéral aux développements de la technologie des registres électroniques distribués (FF 2020 223, p. 233) : « [L]es jetons doivent, selon la volonté de leurs utilisateurs, remplir une fonction comparable à celle que remplissent actuellement les papiers-valeurs. Puisque l'inscription dans un registre accessible aux intéressés est, à l'instar d'un papier-valeur, de nature à assurer leur publicité, il semble justifié de lui attribuer des effets juridiques comparables. ». Voir aussi le nouvel art. 973e CO introduit par cette loi.

⁵⁶ À propos de ces différentes notions, voir *supra* chapitre II.

Une DAO entrant dans le champ d'application de la Loi type est considérée comme une entité juridique séparée et distincte de ses membres. Elle a dès lors la capacité d'agir et d'être atraite en justice, d'acquérir, de détenir et de disposer de biens en son nom propre, et de faire tous actes qu'une personne morale peut faire (art. 2 par. 1). Une DAO est titulaire d'un patrimoine propre constitué de ses actifs cryptographiques et de ses actifs physiques⁵⁷ sur lesquels elle répond de ses engagements (art. 2 par. 2). Autrement dit, une DAO remplissant les conditions fixées dans la Loi type a la personnalité juridique en vertu de l'art. 2.

Pour avoir la personnalité juridique, une DAO doit remplir plusieurs conditions spécifiées à l'art. 4 par. 1. La DAO doit notamment être enregistrée sur une *blockchain* publique accessible sans autorisation, elle doit fournir une adresse publique⁵⁸ qui sert à l'identifier et à travers laquelle quiconque peut revoir et contrôler ses activités, les actifs cryptographiques de la DAO, de même que l'enregistrement de toutes ses transactions, doivent être accessibles au public à travers une interface utilisateur graphique (IUG) et être transparents pour les membres et les participants, son code doit être en format *open source* de manière à ce que tout le monde puisse le consulter et le vérifier, il doit respecter un certain niveau de sécurité qui doit être garanti par un contrôle qualité, les statuts doivent être rédigés dans un langage clair et librement accessible à tout un chacun, la gouvernance doit être techniquement décentralisée, il doit toujours y avoir au moins un membre (qui n'est pas nécessairement une personne physique)⁵⁹, un mécanisme doit permettre aux tiers de contacter la DAO, le code doit intégrer un mécanisme de résolution des litiges en ligne ou se référer à un tel mécanisme pour tout litige entre la DAO et ses membres et/ou participants, entre ces derniers, ainsi qu'entre la DAO et des tiers⁶⁰.

Plusieurs de ces exigences visent à permettre l'identification de la DAO en remplaçant les exigences traditionnellement requises pour les sociétés concernant notamment leur raison sociale, l'adresse de leur siège social, leur numéro d'identification, le nom de leurs administrateurs et représentants ainsi que les pouvoirs de représentation. Par exemple, l'adresse publique de la DAO remplit la même fonction que la raison sociale d'une société. L'exigence d'adresse publique est donc équivalente d'un point de vue réglementaire⁶¹ à l'exigence de raison sociale, puisqu'elle répond à l'objectif d'identification de l'entité. Cette exigence est adaptée aux caractéristiques de base des DAOs, qui est de faire des transactions sur la *blockchain* tout en conservant le pseudonymat de ses membres et participants.

Tout État qui adopte la Loi type doit reconnaître que les DAOs remplissant les conditions fixées à l'art. 4 par. 1 sont des sociétés ayant la personnalité juridique. Il ne sera ainsi pas possible de contester devant les autorités de cet État la validité d'un acte

⁵⁷ Par « actifs cryptographiques » (*on-chain assets*), nous entendons les biens enregistrés sur la *blockchain* (cryptomonnaies, *tokens*, NFTs, etc.) ; le terme « actifs physiques » (*off-chain assets*) désigne les autres biens (meubles, immeubles et droits).

⁵⁸ Le terme « adresse publique » désigne un identifiant unique et durable avec lequel une personne peut effectuer des transactions sur une *blockchain* publique accessible sans autorisation (*a public permissionless blockchain*) (art. 3 ch. 29 de la Loi type sur les DAOs).

⁵⁹ Voir art. 3 ch. 18 de la Loi type sur les DAOs : « *“Member” means any person or DAO who has governance rights in a DAO.* ».

⁶⁰ Voir art. 3 ch. 9 de la Loi type sur les DAOs : « *“Dispute Resolution Mechanism” means an On-Chain alternative dispute resolution system, such as arbitration, expert determination, or an On-Chain alternative court system, which enables anyone to resolve their disputes, controversies or claims with, arising out of, or in connection with, a DAO. Any such award, decision or judgment will be accorded the same status and treatment as an international arbitral award.* ».

⁶¹ Voir *supra* chapitre IV.A.

au motif que la DAO n'a pas la capacité d'agir (art. 2 par. 3). Cette dernière exigence a notamment pour effet que tout État appliquant la Loi type doit reconnaître l'existence juridique des DAO constituées conformément à celle-ci. Cette reconnaissance intervient en principe de façon automatique, sans formalité de certification ou d'enregistrement auprès d'une autorité d'accréditation (art. 4 par. 3), étant précisé qu'une telle procédure peut néanmoins être exigée par certains États ou mise en place au niveau international (art. 4 par. 4 et 5).

La Loi type a donc principalement deux effets. Premièrement, elle étend aux DAOs la fiction attribuant une personnalité juridique aux sociétés. Deuxièmement, elle prescrit implicitement une reconnaissance automatique des DAOs. Ces deux effets ne se produisent bien entendu que dans les États ayant repris les règles de la Loi type dans leur ordre juridique. C'est la raison pour laquelle le commentaire de la loi précise qu'il est souhaitable que tous les États adoptent ou transposent les règles de la Loi type dans leur droit national, afin d'éviter que l'existence juridique d'une DAO soit fragmentée et imprévisible. La situation juridique des DAOs ne peut en effet être améliorée que si elles sont traitées de façon uniforme dans tous les États.

D. Règles de gouvernance applicables aux DAOs

Plusieurs dispositions de la Loi type traitent des rapports entre la DAO et ses membres. Une disposition clé figure à l'art. 4 par. 2 dont il ressort qu'une DAO entrant dans le champ d'application de la Loi type doit être considérée comme une société « à responsabilité limitée ».

Ce régime de responsabilité est défini à l'art. 5, lequel spécifie que les dettes d'une DAO ne sont garanties que par ses actifs. Les membres sont uniquement responsables de fournir les contributions qu'ils se sont engagés à verser à la DAO, conformément aux statuts, et n'ont pas de responsabilité personnelle pour les dettes de la DAO (art. 5 par. 1). Ils ne répondent ainsi en principe pas des engagements de la DAO et ne sont en particulier pas responsables en matière de relations de travail et d'impôts (art. 5 par. 2). Ils encourent cependant une responsabilité personnelle – limitée à leur part des droits de gouvernance – dans l'hypothèse où ils refusent de se conformer à une décision de justice rendue à l'encontre de la DAO (art. 5 par. 3). Si les membres restent responsables de leurs propres actes et omissions, ils ne peuvent en aucun cas être tenus pour responsables des actes et omissions des autres membres de la DAO (art. 5 par. 4).

Il ressort de l'art. 6 qu'il n'y a pas d'exigence de capital social minimum. Cela s'explique par le fait qu'il n'est pas nécessaire de fournir une protection particulière aux créanciers dès lors que la situation financière d'une DAO et les risques qui lui sont inhérents sont accessibles au public sur la *blockchain* de façon transparente. Le code, les actifs cryptographiques et l'enregistrement des transactions sont en effet accessibles au public et sont transparents pour les membres, les participants et les tiers.

Sur le modèle suivi pour les formes de sociétés traditionnelles, les art. 7 à 10 définissent les droits des membres et participants d'une DAO, alors que les art. 11 à 15 précisent les règles de gouvernance d'une DAO. On relèvera à ce sujet que l'art. 14 prévoit qu'une DAO peut nommer un représentant légal pour effectuer des tâches dans le monde physique. Le représentant légal peut, par exemple, conclure des contrats au nom et pour le compte de la DAO, sans encourir de responsabilité personnelle à ce titre. L'art. 15 précise que les développeurs, membres, participants ou représentants légaux d'une DAO n'assument aucune obligation de nature fiduciaire les uns envers les autres ou

envers la DAO, à moins qu'ils ne se présentent explicitement comme fiduciaires ou que de telles obligations découlent des statuts de la DAO.

Les art. 16 à 18 sont des dispositions spécifiques aux DAOs qui ne trouvent pas leur pendant dans les formes de sociétés traditionnelles. L'art. 16 règle le sort de la personnalité juridique de la DAO lorsque la *blockchain* sur laquelle l'entité autonome décentralisée est constituée subit un *hard fork*, c'est-à-dire qu'au moins deux chaînes contenant le code de la DAO existent simultanément à cause d'un désaccord entre les utilisateurs de la *blockchain* aboutissant au maintien de différentes versions du protocole et donc au dédoublement de la DAO. Dans ce cas, la personnalité de la DAO suit la chaîne majoritaire et les actifs physiques⁶² appartiennent à la version de la DAO existant sur cette chaîne, à moins qu'elle ne déclare publiquement exister sur la chaîne minoritaire ou sur plusieurs chaînes simultanément, auquel cas la DAO est fractionnée en plusieurs entités distinctes. L'art. 17 prévoit la possibilité pour une DAO de modifier, améliorer ou migrer ses *smart contracts* afin de lui permettre d'évoluer et de se mettre à jour. L'art. 18 prévoit, quant à lui, le maintien de la personnalité juridique de la DAO en cas de défaillance technique (par exemple, un hack), afin de protéger les membres et participants de la DAO de toute responsabilité si aucune négligence grave ni aucun acte de mauvaise foi ne peut leur être imputé.

Toute DAO entrant dans le champ d'application de la Loi type est régie par les règles de gouvernance définies dans cette loi ainsi que celles figurant dans ses statuts. Il n'est donc pas nécessaire de rechercher l'État avec lequel une DAO entretient les liens les plus étroits pour déterminer son régime juridique. La Loi type présente ainsi l'avantage d'éviter le détour par les règles de conflit de lois pour trouver la loi régissant une DAO et apporte une certaine sécurité juridique de ce point de vue-là. Il peut cependant arriver que certaines questions en lien avec l'opération d'une DAO ne soient traitées ni par la Loi type ni par ses statuts. Dans ce cas particulier, la Loi type prévoit que les principes généraux applicables aux sociétés commerciales de l'État du for sont applicables par analogie à titre supplétif (art. 19 par. 3). Le commentaire de la loi précise que ces principes généraux doivent être appliqués, dans la mesure du possible, d'une manière qui respecte la lettre et les objectifs de la Loi type.

E. *Traitement fiscal des DAOs*

L'art. 20 précise finalement le régime fiscal des DAOs entrant dans le champ d'application de la Loi type en spécifiant qu'elles doivent être traitées comme des entités transparentes à des fins fiscales dans les États appliquant la Loi type. Plus précisément, une DAO n'est pas un sujet fiscal en matière d'impôt sur le revenu réalisé par la DAO. Tous ses revenus sont attribués fiscalement à ses membres. Si l'un de ses membres n'est lui-même pas un sujet fiscal, il doit également être regardé en transparence et les éléments taxables de la DAO seront attribués au premier membre qui n'est pas fiscalement transparent. Il ressort du commentaire de la loi que ce régime de transparence trouve sa justification dans le fait qu'il n'est pas possible de rattacher une DAO à un État particulier.

V. **Conclusion**

⁶² La question du sort des actifs cryptographiques ne se pose pas car ceux-ci se retrouveraient dédoublés sur toutes les chaînes maintenues en cas de *hard fork*, au même titre que la DAO. Chaque version de la DAO garderait ainsi le contrôle des actifs cryptographiques correspondant à la version de la chaîne sur laquelle elle se trouve.

La Loi type sur les DAOs se distingue des textes législatifs adoptés à ce jour au niveau national en proposant une définition large de la DAO qui comprend en soi toute entité décentralisée autonome respectant certaines caractéristiques techniques. Elle détermine la nature juridique de la DAO sans imposer une forme sociale particulière. La DAO telle que définie dans la Loi type n'est pas basée sur un modèle connu de société, contrairement à ce qui est fait aux États-Unis d'Amérique où les DAOs sont associées au régime de la LLC. Ainsi, de nombreuses formes d'entités décentralisées autonomes peuvent entrer dans le champ d'application de la Loi type indépendamment de leur but ou de leur structure de gouvernance, lesquels sont laissés au libre choix des membres de la DAO.

L'équivalence fonctionnelle et l'équivalence réglementaire sont des principes fondamentaux de la Loi type sur les DAOs. Cette approche novatrice permet de tenir compte des caractéristiques techniques de la *blockchain* dans le processus législatif de manière à ce que la loi reflète la réalité technologique de ces nouvelles formes d'entités et à éviter que des obligations légales inadaptées ne leur soient imposées. Par exemple, la Loi type tient compte du fait que la *blockchain* est un registre sécurisé dont les informations sont librement accessibles par tout un chacun en considérant qu'il n'est pas nécessaire d'avoir recours à un registre étatique pour garantir la publicité et la foi publique de l'information qui y est stockée. Cette règle contribue grandement à reconnaître le caractère international et autonome des DAOs découlant du fait que leur existence ne dépend pas d'un acte étatique mais directement de la technologie *blockchain*. Cela correspond à la vocation principale de la Loi type qui est, avant tout, un corps de règles visant à établir un statut juridique pour les entités décentralisées autonomes qui en sont dépourvues en raison du fait que leur constitution échappe au contrôle de l'État.

Afin de favoriser la reconnaissance de l'existence juridique des DAOs, la Loi type propose un ensemble de règles que les États peuvent intégrer ou transposer dans leur droit. Cette loi est à la fois une illustration de la façon dont il est possible de concevoir un régime juridique complet pour la DAO et un guide des meilleures pratiques pour les entités autonomes décentralisées souhaitant bénéficier du régime juridique mis en place dans la Loi type. Le modèle de la Loi type est un instrument non contraignant de droit uniforme qui a déjà été utilisé par certaines organisations internationales, telles la CNUDCI ou UNIDROIT, et il est incontestable que ce processus favorise l'harmonisation du droit entre les États. Au vu du caractère intrinsèquement international des DAOs, un droit harmonisé est primordial pour garantir une sécurité juridique à leurs membres et leurs participants ainsi qu'aux tiers qui interagissent avec elles car ces entités ont généralement une activité se déployant dans plusieurs États différents. Cependant, ce modèle d'harmonisation repose sur l'adoption de la Loi type par un grand nombre d'États, sans quoi l'uniformisation du droit et la sécurité juridique qui l'accompagne ne pourraient être assurées.

La portée internationale des DAOs amène également une certaine ambiguïté quant à la nature de la Loi type sur les DAOs. On y trouve, sans trop de surprise, des règles définissant son champ d'application suivies de règles matérielles déterminant notamment des exigences quant à la création et la gouvernance des DAOs. En revanche, il est plus étonnant de constater que ces normes de droit matériel sont rédigées selon le format de règles de droit international privé dédiées à la reconnaissance d'une institution étrangère. Par exemple, l'art. 4 par. 1 énumère les exigences devant être remplies pour que la personnalité juridique soit accordée à une DAO, au lieu de

régler la création d'une DAO en définissant sa structure. Même si cette norme n'est pas *stricto sensu* une règle de reconnaissance, elle contient des exigences de nature matérielle qui s'appliquent à la reconnaissance des DAOs selon un raisonnement de droit international privé.

Cette possibilité qu'a une DAO d'exister sans nécessairement bénéficier de la personnalité juridique signifie qu'elle peut être opérationnelle et profiter de la publicité du registre de la *blockchain* avant même d'acquérir la personnalité. En effet, l'acquisition de la personnalité n'est, d'un point de vue technologique, pas une condition nécessaire pour qu'une DAO puisse contracter avec des tiers. Toutefois, une DAO ne sera valablement constituée, d'un point de vue juridique, que si elle remplit les conditions définies dans la loi pour l'acquisition de la personnalité juridique. Pour parer au risque qu'une DAO ne soit pas juridiquement valablement constituée, un État peut charger une autorité d'accréditation (privée ou étatique) de vérifier que les conditions de constitution (qui sont essentiellement technologiques) sont remplies et conditionner la reconnaissance de la personnalité juridique d'une DAO à cet examen préalable (art. 4 par. 4 *cum* art. 3 par. 1). On peut en déduire, selon le système mis en place par la Loi type, que ce n'est pas l'inscription de la DAO dans le registre de la *blockchain* qui lui fait bénéficier de la personnalité, mais la reconnaissance par un État qu'elle est valablement constituée.

Ce mécanisme diffère fortement de celui des sociétés de capitaux ordinaires pour lesquelles l'inscription dans un registre étatique provoque l'acquisition de la personnalité⁶³, mais il est paradoxalement très proche de celui de la reconnaissance des sociétés étrangères⁶⁴. En effet, la reconnaissance d'une société étrangère dans un État se fait en règle générale sans formalité particulière, mais suppose néanmoins que la société ait été valablement constituée dans un autre État. Il ressort de cette analyse que les rédacteurs de la Loi type n'ont pas osé appliquer les principes d'équivalence fonctionnelle et réglementaire à la question de la personnalité juridique. La Loi type n'accorde en effet sur ce point pas la même portée à l'inscription d'une DAO dans le registre de la *blockchain* qu'à l'inscription d'une société dans un registre étatique. Cette retenue s'explique par le souci de respecter la prérogative qu'ont les États de conférer la personnalité aux sociétés. L'attribution de la personnalité juridique reste dès lors liée à la décision d'un État souverain intervenant dans le cadre d'un processus ressemblant à celui de la reconnaissance d'une société étrangère.

On peut donc se demander si, selon le régime de la Loi type, une DAO doit être considérée comme une société rattachée à un État particulier, ou si chaque État ayant adopté la Loi type ne fait que reconnaître l'existence juridique de la DAO, au même titre que pour une société étrangère. De même, si un État établit une autorité d'accréditation, la question se pose de savoir si les DAOs accréditées par cette autorité seront reconnues dans d'autres États comme des sociétés étrangères organisées selon le droit de l'État d'accréditation, ou si une DAO devra être reconnue (et, le cas échéant, se faire accréditer) dans chaque État où elle souhaite avoir une existence juridique, auquel cas sa personnalité pourra être reconnue sans que la DAO elle-même ne soit rattachée à un ordre juridique spécifique. Cette dernière hypothèse présente un risque important de fragmentation du régime juridique applicable à une DAO dès lors qu'elle

⁶³ Voir p.ex. l'art. 643 al. 1 CO : « La société n'acquiert la personnalité que par son inscription sur le registre du commerce. »

⁶⁴ Voir *supra* chapitre III.C.

sera régie par plusieurs droits nationaux différents. Plus précisément, son régime juridique dépendra de l'État dans lequel la question se posera car les juridictions de chaque État appliqueront la loi du for (i.e. la loi modèle telle qu'adoptée par l'État du for ainsi que son droit des sociétés à titre supplétif) pour déterminer si elle est valablement constituée. Ainsi, une seule et même DAO est susceptible d'être simultanément soumise au droit de plusieurs États si ses activités déploient des effets au-delà des frontières d'un seul État, avec le risque qu'elle ne puisse pas respecter cumulativement les conditions fixées dans tous les droits pour avoir la personnalité juridique.

La Loi type introduira une nouvelle forme de société dans l'ordre juridique des États qui l'auront adoptée. Toutefois, compte tenu du fait qu'aucune disposition de la loi ne prévoit un critère objectif permettant de rattacher les DAOs à un État spécifique, il subsiste un régime juridique incertain qui se situe à cheval entre le droit matériel et le droit international privé. On peut se demander s'il ne serait pas plus simple de laisser aux DAOs le choix de se soumettre volontairement à la Loi type en procédant à une élection de droit ou en incorporant ses règles dans son code informatique. A priori, rien ne s'oppose à ce qu'une DAO choisisse la Loi type comme loi applicable à son régime juridique, quand bien même il s'agit de règles de droit de source non étatique. La personnalité d'une telle DAO pourrait être reconnue dans tous les États qui considéreraient que la Loi type contient un ensemble de règles juridiques universellement reconnues. Une telle interprétation éviterait aux États de devoir intégrer une nouvelle forme de société dans leur droit national et prendrait davantage en considération le fait que les DAOs sont des sociétés numériques internationales. Cela apporterait la sécurité juridique nécessaire au déploiement des DAOs tout en répondant aux attentes légitimes de leurs membres, leurs participants, ainsi que leurs cocontractants.

Une alternative encore plus simple serait d'intégrer les notions d'équivalence fonctionnelle et réglementaire dans le raisonnement de droit international privé afin de reconnaître les DAOs purement et simplement comme des sociétés étrangères. Cette option a déjà été explorée en droit international privé suisse⁶⁵, dont les règles permettent la reconnaissance de plein droit d'une société étrangère valablement constituée selon le droit de l'État en vertu duquel elle est organisée⁶⁶. En recourant aux principes d'équivalence fonctionnelle et réglementaire, le code de la DAO peut être reconnu comme étant le droit régissant son organisation et l'espace numérique de la *blockchain* comme l'État dont ces règles de droit émanent. Ce raisonnement permet d'admettre que toute DAO valablement constituée selon son code peut être reconnue dans l'ordre juridique suisse en tant que société étrangère. Cette option requiert des États une confiance accrue dans la technologie *blockchain* et ses utilisateurs car seul le code de la DAO régirait sa nature et sa structure. Elle pousserait la liberté contractuelle à son paroxysme et fusionnerait le droit à la technologie.

* * * * *

⁶⁵ RIVA (n. 1), pp. 636 s.

⁶⁶ Voir *supra* chapitre III.C.

COALA MODEL LAW FOR DECENTRALIZED AUTONOMOUS ORGANIZATIONS (DAOS)

(état au 31 août 2021)

CHAPTER 1 – GENERAL PROVISIONS

Article 1 – Nature

- (1) The DAO is a legal entity that can be used for commercial, mutualistic, social, environmental or political purposes, the nature of which will be specified in its By-Laws.

Article 2 – Legal Personality

- (1) A DAO within the scope of this Model Law will be deemed a legal entity separate and distinct from its Members. A DAO will, by its own name, be capable of:
 - (a) Suing and being sued;
 - (b) Acquiring, owning, holding and developing or disposing of property, both movable and immovable; and
 - (c) Doing and suffering such acts and things as bodies corporate may lawfully do and suffer.
- (2) A DAO within the scope of this Model Law must meet its liabilities through its On-Chain and Off-Chain Assets.
- (3) The validity of an action by a DAO within the scope of this Model Law may not be challenged on the ground that the DAO lacks power to act.

Article 3 – Definitions

- (1) “Accreditation Authority” means any public or private authority that a jurisdiction which adopts or transposes the Model Law recognizes as legitimate to ensure compliance with one or more Articles of the Model Law.
- (2) “Administrator” means a Person, irrespective of title, that is appointed in a manner specified in the By-Laws to take discretionary decisions, either individually or collectively with other Administrators, with regard to specific, predefined operations of the DAO.
- (3) “Airdrop” means a free distribution of Tokens initiated by a DAO to a Public Address, but does not include distributions of Tokens for which a person must execute a function to redeem the distributed Tokens.
- (4) “Asset” includes both On-Chain assets and Off-Chain assets.
- (5) “By-Laws” means the rules and regulations that govern the procedures followed by a DAO and the interaction of its Members and Participants, which must be set out in plain language, in text or sound, visual or audiovisual recording.
- (6) “Contentious Fork” means a Hard Fork that results in two divergent and potentially competing blockchains.
- (7) “Decentralized Autonomous Organization” (DAO) refers to smart contracts (i.e. blockchain-based software) deployed on a public Permissionless Blockchain, which implements specific decision-making or governance rules enabling a multiplicity of actors to coordinate themselves in a decentralized fashion. These governance rules must be technically, although not necessarily operationally, decentralized.
- (8) “Developer” means a person involved in the development or maintenance of the DAO, whether through the contribution of software code, design, business, legal or ancillary support.

- (9) “Dispute Resolution Mechanism” means an On-Chain alternative dispute resolution system, such as arbitration, expert determination, or an On-Chain alternative court system, which enables anyone to resolve their disputes, controversies or claims with, arising out of, or in connection with, a DAO. Any such award, decision or judgment will be accorded the same status and treatment as an international arbitral award.
- (10) “Externally Owned Account” means a Public Address controlled by a private key and that has no associated code.
- (11) “Failure Event” means a DAO encountering a technical bug or exploit which renders the DAO unoperational or fundamentally changes the expected operation of the DAO.
- (12) “GUI” means a graphical user interface, publicly accessible by all DAO Members and Participants, whether hosted via centralized or decentralized means, through which users interact with computer software via visual indicator representations. This can include, but is not limited to, a web interface or standalone application.
- (13) “Hard Fork” means a blockchain software upgrade that is not compatible with previous versions of the blockchain software, and therefore requires all users to upgrade.
- (14) “Jurisdiction” means a territory that is under a defined legal authority.
- (15) “Legal Representative” means a Person who is appointed in a manner specified in the By-Laws to perform procedural functions Off-Chain.
- (16) “Majority Chain” means the version of the chain accepted by more than 50% of the blockchain’s validators following a Hard Fork.
- (17) “Meeting” means a synchronous or asynchronous event for the purpose of discussing and acting upon DAO-related matters by Members or Participants.
- (18) “Member” means any person or DAO who has governance rights in a DAO.
- (19) “Minority Chain” means the version of the chain that is not the Majority Chain following a Hard Fork.
- (20) “Model Law” means this DAO Model Law.
- (21) “Off-Chain” means any action or transaction that is not On-Chain.
- (22) “On-Chain” means any action or transaction that is recorded and verified on a blockchain.
- (23) “On-Chain Contribution” refers to any Token segregated and locked in one of the DAO’s Smart Contracts for the purpose of Member buy-in to the DAO and the provision of withdrawable capital.
- (24) “Open-Source Format” means the Open Source Initiative’s definition of open source.
- (25) “Participants” means any person interacting with or holding native tokens in a DAO other than Members.
- (26) “Permissionless Blockchain” means a public distributed ledger, allowing any entity to transact and produce blocks in accordance with the blockchain protocol, whereby the validity of the block is not determined by the identity of the producer.
- (27) “Person” means an individual, a company or any other body of persons.
- (28) “Proposal” means a suggestion for actions to be taken by the DAO, to be decided on in accordance with the By-Laws of the DAO.
- (29) “Public Address” means a unique, durable identifier that person(s) can transact with on a Permissionless Blockchain.
- (30) “Public Forum” means a freely accessible online environment that is commonly used for the exercise of speech and public debate.
- (31) “Public Signaling” means a declaration authorised by way of Proposal by the DAO in a Public Forum.
- (32) “Quality Assurance” means that the code of the DAO has undergone security review according to industry standards, namely: (1) the completion of professional software security audit with an audit report available to the public with no significant security risks remaining, as well as the completion of a public bug bounty; (2) a formal verification by means of a mathematical proof-based

methodology in which the Smart Contract's bytecode is directly checked as correct-by-construction to show the full functional correctness of security-critical properties of the Smart Contract; or (3) any other process recognized as meeting the same security standards.

- (33) "Smart Contract" is code deployed in a blockchain environment. It is made of a set of predefined and deterministic instructions executed in a distributed manner by the nodes of the underlying blockchain network, if and when the underlying conditions are met. Execution of a Smart Contract will produce a change in the blockchain state.
- (34) "Token" means a record on a Permissionless Blockchain, typically representing an Asset, participation right, or other entitlement.
- (35) "Transaction" means a new entry in a Permissionless Blockchain, often but not exclusively, recording a change in ownership of an Asset or participation in a DAO.

CHAPTER 2 – FORMATION AND PROOF OF EXISTENCE

Article 4 – Formation Requirements

- (1) In order for a DAO to benefit from legal personality, it must fulfill the following requirements:
 - (a) The DAO must be deployed on a Permissionless Blockchain;
 - (b) The DAO must provide a unique Public Address through which anyone can review the DAOs' activities and monitor its operations;
 - (c) The whole software code of the DAO must be in Open-Source Format in a Public Forum to allow anyone to review it;
 - (d) The software code of the DAO must have undergone Quality Assurance;
 - (e) There must be at least one GUI that will allow a layperson to read the value of the key variables of the DAO's smart contracts and monitor all transactions originating from, or addressed to, any of the DAO's Smart Contracts. The GUI will also specify whether Members are able to redeem their Tokens without restrictions and if not, the GUI will clearly mention the restrictions that are in place;
 - (f) The DAO must have By-Laws that are comprehensible to a layperson. The By-Laws must be publicly accessible via a GUI or a Public Forum. Sensitive information may be redacted from the By-Laws before their publication, if those redactions are necessary to protect the privacy of individual Members or Participants in the DAO;
 - (g) The governance system of the DAO must be technically decentralized, although not necessarily operationally decentralized, as per Article 3(7);
 - (h) Independent of the chosen governance system, there must always be at least one Member of the DAO at any given time;
 - (i) There must be a publicly specified mechanism that allows a layperson to contact the DAO. All Members and Administrators of the DAO must be able to access the contents of this communication mechanism;
 - (j) The DAO must refer to or provide a Dispute Resolution Mechanism that the DAO, Members and Participants will be bound by;
 - (k) The DAO must refer to or provide a Dispute Resolution Mechanism to resolve any disputes with third parties that, by their nature, are capable of being settled by alternative dispute resolution.
- (2) The DAO will, upon meeting the formation requirements in Article 4(1), have limited liability by default, subject to the provisions of Article 5.
- (3) Concurrent fulfillment of the requirements in Article 4(1), and an announcement by the DAO that it has fulfilled those requirements is deemed conclusive evidence of the DAO's recognition under this Model Law and does not require certification from, or registration by, an Accreditation Authority.

- (4) A jurisdiction adopting the Model Law may authorize an Accreditation Authority to monitor whether a DAO continues to meet the requirements for legal personality under the Model Law.
- (5) A DAO may request confirmation from an Accreditation Authority, if such an authority exists, to determine whether the DAO complies with the requirements for legal personality under the Model Law.

CHAPTER 3 – LIMITED LIABILITY, ASSET SUBSCRIPTION AND MEMBERS' RIGHTS

Article 5 – Limited Liability

- (1) Except as set forth in Articles 5(3) and Article 5(4), Members will only be responsible for providing the On-Chain Contributions that they have committed to the DAO, as required by the By-Laws. If the DAO exhausts its Assets, the Members will not be liable for excess liability.
- (2) Except as set forth in Articles 5(3) and Article 5(4) of this Model Law, Members will not be held liable for any obligations incurred by the DAO, including, but not limited to, labor and tax obligations.
- (3) If the DAO refuses to comply with an enforceable judgment, order or award entered against it, the Members who voted against compliance will be liable for any monetary payments ordered in the judgment, order or award in proportion to their share of governance rights in the DAO.
- (4) Articles 5(1) to 5(4) will not affect the personal liability of a Member in tort for their own wrongful act or omission, but a Member will not be personally liable for the wrongful act or omission of any other Member of the DAO.

Article 6 – Asset Subscription and Payment

- (1) No minimum capital requirements will apply to a DAO recognised by the Model Law. If the DAO wishes to maintain a minimum amount of capital, the By-Laws of the DAO will specify the rules for subscription and payment.
- (2) The By-Laws must specify the rules for exiting the DAO that address the consequences of voluntary and involuntary Member and Participant exit on subscriptions and payments they have made.
- (3) No Member will be able to compel the dissolution of the DAO for failure to return their On-Chain Contribution.

Article 7 – Classes of Persons Participating in the DAO

- (1) A DAO may have multiple classes of participation rights defined in, and granted in accordance with, its By-Laws.
- (2) Where the DAO has Tokens providing governance powers to the Token holder, the Token holder will be considered a Member of the DAO:
 - (a) From the time the ownership of the Tokens is established to be in the possession of an address; or
 - (b) From the time when ownership is first acknowledged by the Token holder through an On-Chain interaction with the DAO, through staking the Tokens, voting with the Tokens Off-chain whereby results are implemented On-Chain, submitting a Proposal or transferring the Tokens to another address, in the event that no action has been taken by a Token holder to acquire a Token, such as in an Airdrop.
- (3) This Article does not apply in the event of a Contentious Fork.
- (4) This Article does not apply to Airdrops.

Article 8 – Voting Rights

The voting rights of Members will be distributed in the following manner:

- (1) The By-Laws must set out the distribution of voting rights of the classes of Members in a DAO. The method by which these voting rights are computed and distributed must be accurately set out in the By-Laws.

Article 9 – Proxies

With respect to proxies:

- (1) The Members or Participants may represent themselves or be represented by a proxy.
- (2) Proxies may ask questions, vote and exercise all other rights of Members or Participants.

Article 10 – Minority Protection

In the interest of minority Members of DAOs:

- (1) The DAO must clearly state in its By-Laws whether it provides for any kind of minority rights protection.

CHAPTER 4 – INTERNAL ORGANIZATION AND DISCLOSURE

Article 11 – Internal Organization

- (1) The internal organization and procedures of the DAO must be set out in its By-Laws.

Article 12 – Meetings

- (1) A DAO will not be required to convene a general Meeting, but Meetings may optionally be included in the By-Laws.
- (2) There will be no requirement to have physical, in-person Meetings, unless explicitly specified in the By-Laws.
- (3) If the By-Laws do include a requirement to have meetings, it must have an explicit, transparent mechanism of giving 35 notice of Meetings to Administrators, Members or Participants, as well as a defined time period for deliberating upon submitted Proposals. This Notice must be communicated through a GUI.
- (4) The quorum and majority requirements for Meetings of DAO Administrators, Members or Participants will be specified in the By-Laws.

Article 13 – Administrators

With respect to the delegation of powers and duties to certain persons:

- (1) The DAO is not required to have Administrators, including a board of directors or a trustee, unless mandated in its By-Laws. In the absence of such a provision, all the powers and tasks of Administrators will be vested in the DAO Members as a class;
- (2) The voting mechanism for nominating and appointing Administrator(s) will be set out in the By-Laws.

Article 14 – Legal Representation

With respect to the appointment of Persons to complete Off-Chain tasks:

- (1) A DAO may choose to have one or more Legal Representatives to undertake tasks that cannot be achieved On-Chain. Legal representation can be limited to specific tasks, or it can be generic to a broader category of tasks.

- (2) Legal representation of the DAO will be carried out by the Legal Representative in the manner provided in the By-Laws and as evidenced by an authorization displayed on a Public Forum, whose validity must be verifiable by cryptographic proof. The Legal Representative(s) may undertake and execute any and all acts and contracts included within the scope of such authorization.
- (3) There are no requirements as to the residence or seat of the Legal Representative(s).
- (4) A Legal Representative will not be personally liable for acts done on behalf of the DAO.

Article 15 – No Implicit Fiduciary Status

With respect to Persons who make discretionary decisions in the interest of the DAO or specific stakeholders:

- (1) Developers, Members, Participants or Legal Representative of a DAO must not be imputed to have fiduciary duties towards each other or third parties solely on account of their role, unless:
 - (a) They explicitly hold themselves out as a fiduciary; or
 - (b) Their fiduciary status is stipulated in the DAO's By-Laws.

CHAPTER 5 – DAO SPECIFIC PROVISIONS

Article 16 – Contentious Forks in the Underlying Blockchain

In the event of a Hard Fork in the underlying Permissionless Blockchain:

- (1) By default, the legal representation of the DAO remains on the Majority Chain and any Off-Chain Assets will belong to the DAO on the Majority Chain.
- (2) The DAO may choose to maintain legal presence on a Minority Chain if it expresses its intent to do so by Public Signaling, and in that case any Off-Chain Assets will belong to the DAO on the selected Minority Chain.
- (3) The DAO may liquidate its On-Chain Assets following a Hard Fork in order to move those Assets to the chosen chain.
- (4) Alternatively, the DAO may choose to split into multiple legal entities, each on a separate chain, if it communicates by Public Signaling:
 - (a) Its intent to do so; and
 - (b) There is a definitive distribution of Off-Chain Assets between the Majority and Minority Chain(s).

Article 17 – DAO Restructuring

- (1) In the event that there is not a Contentious Fork and a DAO's Smart Contract is restructured through modification, upgrade or migration, it will retain its legal personality and limited liability only to the extent that:
 - (a) The new code of the DAO continues to fulfill all the formation requirements of Article 4;
 - (b) In the event of migration, where the DAO has to be associated with a new unique Public Address, proper notice is provided by way of Public Signaling. Failure to meet these requirements will result in a loss of legal personality and limited liability effective at the time of restructuring.
- (2) The DAO restructured in accordance with subsection (1) will be the universal successor of the original DAO and inherit its rights and obligations.

Article 18 – Failure Event

In the case of a Failure Event:

- (1) Legal personality and limited liability are maintained to the extent necessary to protect DAO Members and Participants from personal liability.

- (2) A Failure Event may trigger liability on the Person(s) deploying or upgrading the DAO if that Person(s):
 - (a) Acted in manifest bad faith; or
 - (b) Engaged in gross negligence.

CHAPTER 6 – MISCELLANEOUS PROVISIONS

Article 19 – Application of General Business Organization Law

The DAO will be governed by:

- (1) The By-Laws;
- (2) The Model Law, as adopted or transposed into domestic legislation, and
- (3) To the extent that any lacunae remain, general business organization law of the State that recognizes the DAO. Any ambiguity resulting from this application will be resolved in a manner that upholds the letter and objectives of the Model Law.

Article 20 – Taxation of DAOs

The taxation of DAOs recognized by this Model Law will be based on the following principles:

- (1) By default, any DAO recognized by this Model Law will be treated as a pass-through entity for tax purposes, with no entity-level tax accruing to the DAO. Any realized gains will pass through to the DAO's Members in proportion to their Token holdings.
- (2) Where a Member itself is not a taxable entity, such as another DAO, the realized gains allocated to such Members will pass to the first taxable person in the same manner as specified in Article 20(1).

Breaking Bad: Fail-Safes to the Hague Judgments Convention

Diana A. A. Reisman,
Éditeur en chef du Georgetown Journal of International Law

Introduction

The 2019 Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters (the Judgments Convention) rests on the premise that, in 2020, “the number of countries in which litigation may ‘belong’ but in whose courts the quality of the judicial process would make us uneasy is small.”¹ The objectives of the Judgments Convention are to ease the enforcement of foreign civil judgments between States Parties and to harmonize those few restrictions that are retained.² If the Convention were in force between two States Parties, a civil judgment rendered by one state’s judiciary that falls within the scope of the Judgments Convention would have to be recognized by the court of the other state, unless one of the narrow grounds for nonrecognition applied.³ Implicit in that premise is that worldwide judicial systems are continually improving and that, in courts across nations, a historical arc is bending toward a convergence with regard to the values of equity and transparency. That historical process is irreversible. Politics—good, bad, and ugly—will not disrupt it. So, if we trust that a civil suit can be fairly heard in almost any court in the world, there is little need for one of our courts to review the merits of a case or vet the judicial process of a foreign state before recognizing and enforcing a judgment rendered therein.

The Judgments Convention’s optimism about the global advance of civil justice is not Panglossian. Where a state contemplating adhering to the Convention entertains doubts about another state’s institutional quality, the Judgments Convention provides an escape hatch: an opt-out provision tucked into Article 29.⁴ Under this Article, a State Party could, upon ratification of the Judgments Convention, suspend treaty relations between itself and another contracting state.⁵ In addition, a party would have a year following notification of the ratification or accession of a new party to the Judgments Convention to suspend the treaty’s operation between itself and the new party.⁶ In either case, the Judgments Convention allows the party to resume treaty relations with the other state later by withdrawing its opt-out notification.⁷ However, the opt-out privilege is confined to these designated periods. Beyond these parameters, the Judgments Convention provides no opportunity to suspend the treaty obligations owed to any of the other States Parties.

¹ Adrian Briggs, *Which Foreign Judgments Should We Recognise Today?*, 36 INT’L & COMP. L. Q. 240, 258 (1987). The author made this statement in 1987 in reference to the focus of English courts on jurisdiction rather than on choice of law when deliberating on recognition proceedings for foreign judgments. However, the statement equally captures the underlying premise of the 2019 Hague Judgments Convention open for signature today. See Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters pmbl., opened for signature July 2, 2019, <https://assets.hcch.net/docs/806e290e-bbd8-413d-b15e-8e3e1bf1496d.pdf> [<https://perma.cc/3VHW-DB4W>] [hereinafter 2019 Hague Judgments Convention].

² See FRANCISCO J. GARCIMARTIN ALFEREZ & GENEVIÈVE SAUMIER, HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INT’L LAW, JUDGEMENTS CONVENTION: PRELIMINARY EXPLANATORY REPORT 5 (2018), <https://assets.hcch.net/docs/7cd8bc44-e2e5-46c2-8865-a151ce55e1b2.pdf> [<https://perma.cc/G4SR-76KU>].

³ See 2019 Hague Judgments Convention art. 4, *supra* note 1.

⁴ *Id.* art. 29.

⁵ *Id.* art. 29, ¶ 3.

⁶ *Id.* art. 29, ¶ 2.

⁷ *Id.* art. 29, ¶ 4.

This Note explores a contingency that is neither acknowledged nor addressed by the Judgments Convention: a marked deterioration in the judiciary of a party following the expiration of the twelve-month suspension period. When a state obligates itself, under the terms of the Judgments Convention, to enforce the civil and commercial judgments of another State Party, it does so with confidence in the quality of the judicial culture of that other state, including the degree of fairness and judicial transparency with which cases are prosecuted. However, the integrity of the judiciary is not necessarily enduring, nor is it immune to the effects of political change in the state. Suppose that a State Party whose judicial culture was judged fair and transparent at the time of ratification or accession experiences internal change, leading to a sudden or a gradual alteration in its judicial culture, which causes concerns for some of the other treaty partners.⁸ As drafted, the Judgments Convention would oblige the other States Parties to continue to perform their treaty obligations to that State Party. Herein lies the conundrum of the Judgments Convention: It relies on the assumption that its parties' quality of justice is stable over time such that their private law judgments should be enforced on a fast track⁹ in each other's courts. Should the quality of one state's justice system later decline, litigants contesting enforcement of one of that state's civil judgments would have the burden of conforming their objections to the Judgments Convention's narrow grounds for nonrecognition.¹⁰ Other States Parties would find themselves in the position of recognizing and enforcing problematic civil judgments issued from the compromised State Party.

The United States was active in the negotiation of the Judgments Convention, and the negotiators certainly appreciated the advantages that the prospective treaty potentially holds for U.S. litigants seeking enforcement of their judgments abroad.¹¹ States, including the United States, must now determine whether to become parties to the Judgments Convention, and one issue that will confront them is whether the Judgments Convention's opt-out provision is sufficient for dealing with the eventuality of a contracting state whose judicial system deteriorates.¹² This Note addresses that issue as it applies to the United States. Section I compares the text of the Judgments Convention and current U.S. law on the recognition of foreign judgments to identify what parts of U.S. law the Judgments Convention would modify. Sections II and III then examine a

⁸ This scenario is well within the realm of possibility as demonstrated by recent troubling developments in the Polish judiciary. In February 2020, President of Poland Andrzej Duda signed into law legislation that opponents criticize as a “muzzle law” compromising judicial independence. Furthermore, under the Brussels I Regulation (Recast), EU member states are required to recognize and to enforce civil and commercial judgments issued by Polish courts barring narrow grounds for nonrecognition. Therefore, EU member states confronted with recognition proceedings for Polish civil and commercial judgments may find themselves in scenarios similar to those posited in this Note. See Monique Hazelhorst, *Mutual Trust Under Pressure: Civil Justice Cooperation in the EU and the Rule of Law*, 65 NETH. INT'L L. REV. 103, 104, 107–08 (2018); *Poland: Bill Allowing Judges to Be Punished Signed into Law*, ASSOCIATED PRESS (Feb. 4, 2020), <https://apnews.com/article/37a98e202264c3756c2cd058b3d8cdee>; Zosia Wanat, *Commission Launches 4th Infringement Procedure over Poland's Rule of Law*, POLITICO EU (Apr. 29, 2020, 3:38 PM), <https://www.politico.eu/article/brussels-launches-4th-infringement-procedure-over-polands-rule-of-law> [<https://perma.cc/P9SL-AHYP>].

⁹ See 2019 Hague Judgments Convention art. 13, *supra* note 1.

¹⁰ See *Id.* art. 7. For a further discussion of the Judgments Convention's grounds for nonrecognition, see *infra* Section I.A

¹¹ David Goddard, *The Judgments Convention—The Current State of Play*, 29 DUKE J. COMP. & INT'L L., 473, 473–74 (2019).

¹² The Judgments Convention opened for signature on July 2, 2019 and is not yet in force. At the time of writing, the Judgments Convention has only two signatories: Ukraine, Uruguay, and Israel. *Status Table: 41: Convention of 2 July 2019 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters*, HCCH (Mar. 3, 2021), <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=137> [<https://perma.cc/9EGV-RUET>].

scenario that the Judgments Convention does not address: the deterioration of a State Party’s judiciary after becoming party to the Judgments Convention. The Note argues that the Judgments Convention’s intentionally narrow grounds for nonrecognition—although adequate at screening judgments emanating from fair and transparent judiciaries—fail to adequately screen for “corrupted judgments” from a judiciary afflicted by a systemic lack of due process.¹³ Thus, the Judgments Convention will deny defendants in the United States the mechanisms afforded by current U.S. law to resist the enforcement of corrupted, foreign judgments. Finally, Section IV of this Note assesses the avenues available under international law by which a party to the Judgments Convention might extricate itself from obligations to another State Party whose judicial system deteriorates after becoming a party. Of the available avenues, this Note recommends that the United States file a reservation to the Judgments Convention.

I. Transition to the Hague Framework

Following the failure of the 1971 Hague Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters (the 1971 Judgments Convention)¹⁴ to win meaningful adoption, the United States initiated the “Judgments Project.”¹⁵ The United States submitted a proposal “to develop a broad instrument governing both the exercise of jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters” to the Hague Conference on Private International Law (HCCH) in the 1990s.¹⁶ Ultimately, these objectives were pursued in two separate instruments: the Hague Choice of Court Convention and the Judgments Convention.¹⁷

¹³ Not quite under the umbrella of a systemic lack of due process is systemic *bias* against the United States or U.S. litigants in certain foreign courts. In such instances, U.S. litigants may be disadvantaged even without any clear manifestation of fraud or deprivation of rights. This issue would be more difficult and is not tackled in this Note.

¹⁴ Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters, Feb. 1, 1971, 1144 U.N.T.S. 258.

¹⁵ Goddard, *supra* note 11; see The Originating Proposal, HCCH, <https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=6837&dtid=61> [<https://perma.cc/95SV-PSC6>] (last visited Feb. 4, 2021). See generally Yoav Oestreicher, “We’re on a Road to Nowhere”—Reasons for the Continuing Failure to Regulate Recognition and Enforcement of Foreign Judgments, 42 INT’L LAW. 59 (2008) (suggesting reasons that earlier attempts at a judgments convention failed). Although the 1971 Judgments Convention is currently in force, it has only five parties: Albania, Cyprus, Kuwait, the Netherlands, and Portugal. *Status Table: 16: Convention of 1 February 1971 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters*, HCCH (Nov. 10, 2010), <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=78> [<https://perma.cc/4XZ8-659M>].

¹⁶ Goddard, *supra* note 11. The HCCH is an international organizational composed of eighty-four member states and the European Union whose objective is the “progressive unification” of “private international law’ rules.” See *About HCCH*, HCCH, <https://www.hcch.net/en/about> [<https://perma.cc/UDB5-E3YW>] (last visited Feb. 4, 2021). The HCCH has successfully adopted several conventions on subject matters ranging from “commercial law and banking law to international civil procedure and from child protection to matters of marriage and personal status.” *Id.* The 2019 Hague Judgments Convention is the HCCH’s most recent adoption. *Id.* For background on the Judgments Project, see *Overview of the Judgments Project*, HCCH, <https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=6843> [<https://perma.cc/3JJ4-5FVQ>] (last visited Feb. 4, 2021), as well as Andrea Bonomi, *Courage or Caution? A Critical Overview of the Hague Preliminary Draft on Judgments*, 17 Y.B. PRIV. INT’L L. 1, 2–3 (2016), and Ronald A. Brand, *The Circulation of Judgments Under the Draft Hague Judgments Convention* 7–10 (Univ. of Pittsburgh Legal Studies Research Paper No. 2019-02, 2019), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3334647 [<https://perma.cc/EAR8-S92T>].

¹⁷ Goddard, *supra* note 11, at 474–76.

Although the United States is relatively liberal in its recognition and enforcement of foreign civil judgments, other states are not.¹⁸ It is comparatively difficult for U.S. litigants to have their judgments enforced abroad.¹⁹ The Judgments Convention would benefit U.S. litigants abroad by limiting the “myriad of substantive, procedural, and practical hurdles” posed by foreign courts.²⁰

However, the tradeoff is that the United States—to benefit from the advantages offered by the Judgments Convention—would have to sacrifice some of its own procedural safeguards that operate to deny recognition and enforcement to, among other things, a corrupted foreign civil judgment. To illustrate this point, this Section presents (A) state obligations under the Judgments Convention as compared to those under (B) the existing U.S. framework on foreign judgments recognition. The analysis concentrates on the grounds for nonrecognition because those form the crux of the analysis in the following Section.

A. *State Obligations under the Judgment Convention*

The Judgments Convention comprises four chapters containing a total of thirty-two Articles.²¹ Chapter I (Articles 1–3) clarifies the scope of the Judgments Convention.²² Chapter II (Articles 4–15) lays out the parties’ core obligations;²³ determines the bases of recognition,²⁴ including the Judgments Convention’s indirect jurisdictional requirements;²⁵ and the bases for nonrecognition.²⁶ Chapter II also touches on several narrow issues, including preliminary questions,²⁷ noncompensatory damages,²⁸ and judicial settlements.²⁹ It further prescribes the procedure for the recognition and enforcement of foreign judgments in contracting states.³⁰ Chapter III (Articles 16–23) sets out the general clauses concerning the operation of the Judgments Convention, including its interpretation as well as its relationship with other instruments of international law.³¹ Chapter IV (Articles 24–32) provides the final clauses, including the procedures for joining the Judgments Convention,³² denouncing it,³³ and the opt-out procedure referred to in the Introduction of this Note.³⁴

¹⁸ See Sarah E. Coco, Note, *The Value of a New Judgments Convention for U.S. Litigants*, 94 N.Y.U. L. REV. 1209, 1210–13 (2019); H. L. Ho, Note, *Policies Underlying the Enforcement of Foreign Commercial Judgments*, 46 INT’L & COMP. L.Q. 443, 455 (1997).

¹⁹ See Coco, *supra* note 18; Ho, *supra* note 18.

²⁰ Comm. on Foreign & Comparative Law, Ass’n of the Bar of the City of N.Y., *Survey on Foreign Recognition of U.S. Money Judgments*, 56 REC. ASS’N B. CITY N.Y. 378, 410 (2001); see also Coco, *supra* note 18, at 1212–13 (discussing the advantages of the Judgments Conventions for U.S. litigants abroad).

²¹ 2019 Hague Judgments Convention, *supra* note 1.

²² *Id.* arts. 1–3.

²³ *Id.* art. 4.

²⁴ *Id.* Art. 5.

²⁵ *Id.* art. 5, ¶ 1; David P. Stewart, *Current Developments: The Hague Conference Adopts a New Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters*, 113 AM. J. INT’L L. 772, 777–78 (2019).

²⁶ 2019 Hague Judgments Convention art. 7, *supra* note 1.

²⁷ *Id.* art. 8.

²⁸ *Id.* art. 10.

²⁹ *Id.* art. 11.

³⁰ *Id.* arts. 12–14.

³¹ *Id.* arts. 20, 23.

³² *Id.* art. 24.

³³ *Id.* art. 31.

³⁴ *Id.* art. 29.

The substantive obligations of States Parties under the Judgments Convention are pertinent to the scenario posited in this Note, as are the means of limiting those obligations or withdrawing from the Judgments Convention.

1. Substantive Obligations

The Judgments Convention applies to all civil and commercial judgments with certain categories of exceptions including, among other things, family matters, defamation and privacy, intellectual property, and transboundary marine pollution.³⁵

The core obligation of the Judgments Convention is stated in Article 4:

A judgment given by a court of a Contracting State (State of origin) shall be recognised and enforced in another Contracting State (requested State). [...] Recognition or enforcement may be refused only on the grounds specified in this Convention [under Article 7]. There shall be no review of the merits of the judgment in the requested State.³⁶

Article 4 thereby displaces the grounds for nonrecognition and nonenforcement in a state's domestic law, which may be more expansive or accord greater discretion to the enforcing court. The grounds for nonrecognition referenced in Article 4 are specified—and limited to those—in Article 7. A foreign judgment may be refused recognition if:

- (a) [there was insufficient notice to the defendant;]
- (b) the judgment was obtained by fraud;
- (c) recognition or enforcement would be manifestly incompatible with the public policy of the requested State, including situations where the specific proceedings leading to the judgment were incompatible with fundamental principles of procedural fairness of that State and situations involving infringements of security or sovereignty of that State;
- (d) [the judgment is contrary to a choice of forum agreement; or] [...]
- (f) [the judgment conflicts with prior judgments rendered in a dispute between the same parties].³⁷

These grounds are discretionary and pertain primarily to the proceedings in the foreign court for the judgment in question.³⁸

2. The Regulation of Treaty Relations with Other States Parties

Contrary to the “opt-in” approach of the failed 1971 Judgments Convention, the 2019 Judgments Convention considers a State Party bound by the terms of the treaty toward every other State Party, unless a State Party expressly opts out of its treaty relations with

³⁵ *Id.* art. 2; see Stewart, *supra* note 25, at 776–77 (discussing why certain subject areas were excluded from the scope of the Judgments Convention); see also Cristina M. Mariottini, *The Exclusion of Defamation and Privacy from the Scope of The Hague Draft Convention on Judgments*, 19 Y.B. PRIV. INT'L L. 475, 476 (2018); Cara North, *The Exclusion of Privacy Matters from the Judgments Convention*, 67 NETH. INT'L L. REV. 33, 34 (2020).

³⁶ 2019 Hague Judgments Convention art. 4, ¶¶ 1–2, *supra* note 1.

³⁷ *Id.* art. 7, ¶ 1.

³⁸ See *id.*

another State Party at a designated moment or within a designated period of time.³⁹ Under Article 29, if the state wishing to suspend relations joins the Judgments Convention after the target state has done so, it must notify the depositary upon deposit of its instrument of ratification, acceptance, approval, or accession.⁴⁰ If the state wishing to suspend relations is already party to the Judgments Convention prior to the target state, the state has twelve months following the notification by the depositary of the ratification, acceptance, approval, or accession of the target state to opt out of treaty relations with the target state.⁴¹ The Judgments Convention further provides that a State Party that has opted out with respect to a target state may later withdraw its opt-out notification and resume its treaty relation with the target state.⁴² The Judgments Convention provides no further means of suspending treaty relations with specified States Parties.

The other option under the Judgments Convention by which a State Party may extricate itself from treaty relations with the target state is the complete withdrawal from the Judgments Convention under Article 31.⁴³ The withdrawal is applied toward all States Parties such that the withdrawing state is no longer bound by the Judgments Convention or entitled to its benefits twelve months after giving written notice to the depositary.⁴⁴

The Judgments Convention does not contain an explicit provision with regard to reservations.⁴⁵ The informal working group on final clauses observed that “[t]his means that reservations are permitted, subject to the normal rules of customary international law (as reflected in ... the Vienna Convention of 1969).”⁴⁶ As this Note argues later, a reservation is an option that states contemplating adherence to the Judgments Convention should well consider.⁴⁷

Finally, like the Hague Choice of Court Agreements Convention,⁴⁸ the Judgments Convention does not provide a dispute resolution mechanism.⁴⁹

³⁹ *Id.* art. 29. The 1971 Judgments Convention relied on an opt-in model, whereby states joined the Convention and then entered into separate supplementary agreements with individual States Parties to initiate treaty relations. The opt-in provision is considered one of the primary reasons why the 1971 Convention failed; the use of bilateral agreements defeated the value of a multilateral convention. Louise Ellen Teitz, *Another Hague Judgments Convention? Bucking the Past to Provide for the Future*, 29 DUKE J. COMP. & INT’L L. 491, 492–93 (2019); see Michael Douglas, *The Culmination of the Judgments Project: The HCCH Judgments Convention*, OXFORD BUS. L. BLOG (Aug. 16, 2019), <https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2019/08/culmination-judgments-project-hcch-judgments-convention> [<https://perma.cc/8ELM-4RDY>].

⁴⁰ 2019 Hague Judgments Convention art. 29, ¶ 3, *supra* note 1; CHAIR OF THE INFORMAL WORKING GRP. ON GEN. & FINAL CLAUSES, HAGUE CONFERENCE OF PRIVATE INT’L LAW, NON-PAPER ON ARTICLE 29, at 91 (2019).

⁴¹ 2019 Hague Judgments Convention art. 29, ¶ 2, *supra* note 1; CHAIR OF THE INFORMAL WORKING GRP. ON GEN. & FINAL CLAUSES, *supra* note 40.

⁴² 2019 Hague Judgments Convention art. 29, ¶ 4, *supra* note 1.

⁴³ *Id.* art. 31.

⁴⁴ *Id.* art. 29, ¶ 2.

⁴⁵ See Vienna Convention on the Law of Treaties art. 19, May 23, 1969, 1155 U.N.T.S. 331, 8 I.L.M. 679 (stating that a state is permitted to make a reservation when ratifying or acceding to a treaty so long as the treaty does not expressly prohibit reservations, and the proposed reservation is compatible with the object and purpose of the treaty).

⁴⁶ CHAIR OF THE INFORMAL WORKING GRP. ON GEN. & FINAL CLAUSES, *supra* note 40.

⁴⁷ See *infra* Section IV.C, Conclusion.

⁴⁸ Hague Convention on Choice of Court Agreements, *opened for signature* June 30, 2005, 44 I.L.M. 1294.

⁴⁹ Any dispute between the United States and another contracting party concerning the operation of the Judgments Convention would be resolved informally through diplomatic channels or during the periodic review of the Judgments Convention organized by the Secretary General of the Hague Conference on

B. *Current U.S. Law on Foreign Judgments Recognition*

Relative to those in other nations, courts in the United States are largely deferential to foreign civil judgments, and U.S. law imposes few barriers to their enforcement.⁵⁰ The procedure for the recognition and enforcement of foreign judgments is regulated on a state-by-state basis.⁵¹ In 2005, the American Law Institute (ALI) proposed a federal statute on the recognition and enforcement of foreign judgments (ALI Proposed Statute).⁵² Proponents of the ALI Proposed Statute argue that foreign judgments recognition is subject to the jurisdiction of the federal government under the Interstate and Foreign Commerce Clauses.⁵³ Critics, on the other hand, see no issue with the state-by-state approach and contend that the ALI Proposed Statute's pro-enforcement bias may restrict U.S. litigants' ability to defend against the enforcement of corrupted foreign judgments in U.S. courts.⁵⁴ Although the ALI Proposed Statute remains under consideration, scholars estimate that it will be a while before Congress adopts any federal legislation on foreign judgments recognition.⁵⁵ The substantive law in the United States on foreign judgments remains a patchwork of uniform acts and common law loosely descended from the 1895 U.S. Supreme Court decision in *Hilton v. Guyot*.⁵⁶

1. **The Legacy of *Hilton v. Guyot***

Hilton v. Guyot involved a defendant, in a New York federal court, contesting the enforcement of a money judgment rendered by a French commercial court a year prior.⁵⁷ In its opinion, the Supreme Court clarified that:

[A foreign judgment] should be held conclusive upon the merits tried in the foreign court, unless some special ground is shown for impeaching the judgment, as by showing that it was affected by fraud or prejudice, or that, by the principles of international law, and by the comity of our own country, it should not be given full credit and effect.⁵⁸

Private International Law. See 2019 Hague Judgments Convention art. 21, *supra* note 1 (providing for a periodic review of the operation of the Judgments Convention).

⁵⁰ Coco, *supra* note 18, at 1212; Ho, *supra* note 18.

⁵¹ Ronald A. Brand, *Federal Judicial Center International Litigation Guide: Recognition and Enforcement of Foreign Judgments*, 74 U. PITT. L. REV. 491, 500 (2013).

⁵² RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF FOREIGN JUDGMENTS: ANALYSIS AND PROPOSED FEDERAL STATUTE (AM. LAW INST. 2006). See generally Linda J. Silberman, *The Need for a Federal Statutory Approach to the Recognition and Enforcement of Foreign Country Judgments*, in FOREIGN COURT JUDGMENTS AND THE UNITED STATES LEGAL SYSTEM 101 (Paul B. Stephan ed., 2014) (arguing that a federal statute is necessary to recognize and to enforce foreign judgments according to a uniform national standard); S.I. Strong, *Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in U.S. Courts: Problems and Possibilities*, 33 REV. LITIG. 45 (2014) (evaluating the ALI Proposed Statute's likelihood of improving the U.S. approach to recognition and enforcement of foreign judgments).

⁵³ See U.S. CONST. art. I, § 8, cl. 3; Brand, *supra* note 51, at 529.

⁵⁴ Strong, *supra* note 52, at 142–43. For a critique of the ALI Proposed Statute, see generally Robert L. McFarland, *Federalism, Finality, and Foreign Judgments: Examining the ALI Judgments Project's Proposed Federal Foreign Judgments Statute*, 45 NEW ENGL. L. REV. 63 (2010).

⁵⁵ See Stephen B. Burbank, *Jurisdictional Equilibration, the Proposed Hague Convention and Progress in National Law*, 49 AM. J. COMP. L. 203, 231 (2001); Strong, *supra* note 52, at 142. If the United States signs the Judgments Convention, the debate on a federal statute will revive because Congress will have to consider implementing legislation. There has already been similar debate concerning the implementation of the Hague Choice of Court Agreements Convention. See Peter D. Trooboff, *Proposed Principles for United States Implementation of the New Hague Convention on Choice of Court Agreements*, 42 N.Y.U. J. INT'L L. & POL. 237, 245–49 (2009).

⁵⁶ See 159 U.S. 113, 113–20 (1895); Brand, *supra* note 51, at 494–97.

⁵⁷ *Hilton*, 159 U.S. at 113–20.

⁵⁸ *Id.* at 206 (emphasis added).

In its decision, the Court stipulated that the merits of a case issuing from a foreign court should not—in principle—be relitigated. Nonetheless, the Court acknowledged that there are grounds for refusing to enforce a foreign judgment.

Since *Hilton*, U.S. states have clarified the grounds for the nonrecognition of foreign judgments. Most states have adopted either the 1962 or the 2005 Uniform Foreign Money Judgments Recognition Act.⁵⁹ Other states rely on the common law, as stated in Sections 483 and 484 of the Restatement (Fourth) of Foreign Relations Law.⁶⁰ The substantive rules across state and common law sources of foreign judgment law are largely similar, particularly with respect to the grounds for nonrecognition.⁶¹

2. The Grounds for Nonrecognition of Foreign Judgments

The Recognition Acts and the Restatement specify mandatory grounds for nonrecognition of a foreign judgment: a lack of systemic due process in the court system of the state of origin, a lack of subject matter jurisdiction of the court of origin, and a lack of personal jurisdiction by the issuing court over the defendant.⁶² The Restatement further forbids recognition if the foreign judgment “rested on a claim of defamation and the SPEECH Act forbids its recognition or enforcement.”⁶³ The Recognition Acts and the Restatement also specify grounds for nonrecognition that a court may invoke at its discretion.⁶⁴ These grounds include insufficient notice to the defendant, fraud in the proceedings, a violation of public policy, conflicting judgments, and a seriously inconvenient forum in the issuing court.⁶⁵

In U.S. courts, fraud in the proceedings and a lack of systemic due process would be the most appropriate grounds on which to contest recognition of a corrupted foreign judgment. In either instance, the party contesting recognition of the foreign judgment bears the burden of proving the ground for nonrecognition.⁶⁶ However, as argued below, the burden of proof in a fraud defense is more onerous on the defendant than

⁵⁹ See UNIF. FOREIGN-COUNTRY MONEY JUDGMENTS RECOGNITION ACT (NAT'L CONFERENCE OF COMM'RS ON UNIF. STATE LAWS 2005) [hereinafter 2005 RECOGNITION ACT]; UNIF. FOREIGN MONEY-JUDGMENTS RECOGNITION ACT (NAT'L CONFERENCE OF COMM'RS ON UNIF. STATE LAWS 1962) [hereinafter 1962 RECOGNITION ACT]; Brand, *supra* note 51, at 500–04; *1962 Foreign Money Judgments Recognition Act*, UNIFORM L. COMMISSION, <https://www.uniformlaws.org/committees/community-home?CommunityKey=9c11b007-83b2-4bf2-a08e-74f642c840bc> [<https://perma.cc/XM7B-GZGV>] (last visited Feb. 5, 2021); *2005 Foreign-Country Money Judgments Recognition Act*, UNIFORM L. COMMISSION, <https://www.uniformlaws.org/committees/community-home?CommunityKey=ae280c30-094a-4d8f-b722-8dcd614a8f3e> [<https://perma.cc/J8DE-QMM3>] (last visited Feb. 5, 2021).

⁶⁰ See RESTATEMENT (FOURTH) OF FOREIGN RELATIONS LAW §§ 483–484 (AM. LAW INST. 2018); Brand, *supra* note 51, at 500–02.

⁶¹ See Brand, *supra* note 51, at 509–24.

⁶² 2005 RECOGNITION ACT, *supra* note 59, § 4(b); 1962 RECOGNITION ACT, *supra* note 59, § 4(a); RESTATEMENT (FOURTH) OF FOREIGN RELATIONS LAW § 483. For a table comparing the grounds for nonrecognition across all three sources of law, see Brand, *supra* note 51, at 536–37. However, note that Brand uses an earlier version of the Restatement in his table.

⁶³ RESTATEMENT (FOURTH) OF FOREIGN RELATIONS LAW § 483(c); see also Securing the Protection of Our Enduring and Established Constitutional Heritage (SPEECH) Act, 28 U.S.C. §§ 4101–4105 (2018). The SPEECH Act is a federal response to “libel tourism,” which is forum shopping for plaintiff-friendly libel laws. In order for a plaintiff to enforce a foreign judgment for libel in a U.S. court, the plaintiff must meet certain requirements stipulated in the Act, including compliance with the First Amendment and Section 230 of the Communications Act of 1934, 47 U.S.C. § 230 (2018). See EMILY C. BARBOUR, CONG. RESEARCH SERV., THE SPEECH ACT: THE FEDERAL RESPONSE TO “LIBEL TOURISM” 1–2 (2010).

⁶⁴ 2005 RECOGNITION ACT, *supra* note 59, § 4(c); 1962 RECOGNITION ACT, *supra* note 59, § 4(b); RESTATEMENT (FOURTH) OF FOREIGN RELATIONS LAW § 484.

⁶⁵ 2005 RECOGNITION ACT, *supra* note 59, § 4(c); 1962 RECOGNITION ACT, *supra* note 59, § 4(b); RESTATEMENT (FOURTH) OF FOREIGN RELATIONS LAW § 484.

⁶⁶ E.g., 2005 RECOGNITION ACT, *supra* note 59, § 4(d).

in a systemic inadequacy defense. As such, it is more difficult for a defendant to prevail in a fraud defense.

3. Fraud in the Proceedings

As regards fraud in the proceedings, courts have the discretion to refuse recognition of a judgment tainted by extrinsic fraud, such as bribery of a judge or juror or prevention of another party's witness from appearing in court.⁶⁷ In practice, it is difficult for defendants to prevail on the fraud defense because of the heavy burden of production and the high threshold as to what constitutes extrinsic fraud.⁶⁸ As James George observed, “[t]he fraud defense is difficult to satisfy— not one of the case annotations in the model UFCMJRA [the 1962 and 2005 Recognition Acts] allowed the defense.”⁶⁹

Minor procedural irregularities that the court does not perceive as having meaningfully impacted the outcome of the dispute are not sufficient to prevail in a fraud defense. For example, in *Norkan Lodge Co. v. Gillum*, the defendant alleged that a Canadian judgment was tainted by fraud because the plaintiff's counsel presented a portion of the defendant's deposition to the Canadian court without reading other excerpts of the deposition into the record.⁷⁰ The district court noted that the full deposition was nonetheless available to the Canadian court. The defendant also argued that a witness had changed their testimony between their deposition and the trial. The court responded that this variability was not evidence of fraud but simply went to the credibility of the witness. Similarly, in *Fiske, Emery & Associates v. Ajello*, the defendant raised a fraud defense to a Quebec judgment affirming an arbitration award.⁷¹ The Superior Court of Connecticut rejected the defendant's claim that a deposit was never made as security for the arbitration hearing as a “bogus issue” that failed to show fraud.⁷²

The burden of production in a fraud defense is also a steep challenge in all but those cases in which a well-heeled defendant and unusually good luck converge. In *Chevron Corp. v. Donziger*, for example, Chevron persuasively argued fraud by presenting the district court with a proverbial smoking gun.⁷³ In an Ecuadorian court, attorney Steven Donziger had secured \$9.5 billion in damages on behalf of indigenous plaintiffs against

⁶⁷ Brand, *supra* note 51, at 518–19; *see, e.g.*, *United States v. Throckmorton*, 98 U.S. 61, 65–66 (1878); *Somportex Ltd. v. Phila. Chewing Gum Corp.*, 453 F.2d 435, 440–42 (3d Cir. 1971); *Laufer v. Westminster Brokers, Ltd.*, 532 A.2d 130, 133–34 (D.C. 1987); *Ellett v. Ellett*, 542 S.E.2d 816, 818 (Va. Ct. App. 2001).

⁶⁸ *See, e.g.*, *Fairchild, Arabatzis & Smith, Inc. v. Prometco (Produce & Metals) Co.*, 470 F. Supp. 610, 615 (S.D.N.Y. 1979); *Fiske, Emery & Assocs. v. Ajello*, 577 A.2d 1139, 1143 (Conn. Super. Ct. 1989); *Kam-Tech Sys. Ltd. v. Yardeni*, 774 A.2d 644, 654 (N.J. Super. Ct. App. Div. 2001); *Tonga Air Servs., Ltd. v. Fowler*, 826 P.2d 204, 210–11 (Wash. 1992) (en banc); *Bank of N.S. v. Tschabold Equip. Ltd.*, 754 P.2d 1290, 1295 (Wash. Ct. App. 1988); *see also* James P. George, *Enforcing Judgments Across State and National Boundaries: Inbound Foreign Judgments and Outbound Texas Judgments*, 50 S. TEX. L. REV. 399, 434 n.186 (2009).

⁶⁹ George, *supra* note 68.

⁷⁰ 587 F. Supp. 1457, 1460 (N.D. Tex. 1984).

⁷¹ 577 A.2d at 1142–43.

⁷² *Id.* at 1143.

⁷³ 768 F. Supp. 2d 581, 633 (S.D.N.Y. 2011), *rev'd sub nom.* *Chevron Corp. v. Naranjo*, 667 F.3d 232 (2d Cir. 2012). Although the Second Circuit later vacated the district court's preliminary injunction, it did so on procedural grounds. *Naranjo*, 667 F.3d at 240. Chevron, a potential judgment debtor, was attempting to *preemptively* defend against the enforcement of a foreign judgment by the judgment creditor. The Second Circuit clarified that the “sections [of the Recognition Act] on which Chevron relies provide *exceptions* from the circumstances in which a holder of a foreign judgment can obtain enforcement of that judgment in New York; they do not create an affirmative cause of action to declare foreign judgments void and enjoin their enforcement.” *Id.* Nonetheless, *Donziger* illustrates what would likely have been a successful fraud defense under the Recognition Acts.

Chevron for environmental and social harm in the Ecuadorian Amazon allegedly resulting from Chevron’s crude oil production in the region.⁷⁴ Chevron alleged fraud, among several other claims, while contesting enforcement of the Ecuadorian judgment.⁷⁵ As part of his media strategy, Donziger had requested that a documentary filmmaker produce a documentary about the Ecuadorian litigation.⁷⁶ The film crew had captured over 600 hours of footage of plaintiff’s counsel during the litigation, which Chevron subpoenaed during the enforcement proceeding.⁷⁷ This footage provided incontrovertible evidence of fraud and judicial impropriety during the Ecuadorian litigation.⁷⁸ There was footage of the plaintiff’s lawyers meeting with a court-appointed damages expert to plan damages two weeks before the court even appointed an expert.⁷⁹ In another outtake, Donziger said to the camera, “The only language I believe this judge is going to understand is one of pressure, intimidation, and humiliation. And that’s what we’re doing today.”⁸⁰ In this instance, the high-profile nature of the dispute and the resources available to the parties allowed for the assembly of documentary evidence of the entire foreign proceeding sufficient to prove fraud.

In less exceptional circumstances, defendants will be hard-pressed to meet their burden of production. In an unusual case, *Transportes Aereos Pegaso v. Bell Helicopter Textron*, the district court conceded that the defendant had raised troubling suspicion of fraud in prior Mexican litigation, but the court did not pronounce whether the defendant had proved fraud by clear and convincing evidence.⁸¹ Nonetheless, the court refused recognition to the Mexican judgment.⁸² Under Mexican procedural law, court-appointed experts were to be appointed strictly in alphabetical order.⁸³ However, in this proceeding, the Mexican judge appointed an expert out of order, did not record the appointment in the court’s internal records, and then resumed appointing experts in alphabetical order.⁸⁴ In addition, the appointed expert solicited a bribe from the defendant’s counsel and then confessed to the defendant’s counsel that the judge was exerting pressure on him to find for the plaintiff.⁸⁵ Furthermore, a criminal investigation of the Mexican judge in the case was underway in Mexico at the time of the enforcement proceeding.⁸⁶ In support of their allegations, the defendant relied primarily on testimony from its Mexican counsel and Mexican legal experts.⁸⁷ Scholars have remarked that the court in fact declined to impose the full evidentiary burden on the defendant, adopting—in this case—“a less stringent test, refusing recognition on the basis of evidence that left it unsatisfied that fraud had not occurred.”⁸⁸ From one

⁷⁴ See *Donziger*, 768 F. Supp. 2d at 594; *Ecuador Lawsuit: The Facts About Chevron and Texaco in Ecuador*, CHEVRON, <https://www.chevron.com/ecuador> [<https://perma.cc/KN3G-HN2J>] (last visited Feb. 6, 2021).

⁷⁵ *Donziger*, 768 F. Supp. 2d at 633.

⁷⁶ *In re Chevron Corp.*, 749 F. Supp. 2d 141, 146 (S.D.N.Y. 2010), *aff’d sub nom. Lago Agrio Plaintiffs v. Chevron Corp.*, 409 F. App’x 393 (2d Cir. 2010).

⁷⁷ Theodore J. Boutros, Jr., *Ten Lessons from the Chevron Litigation: The Defense Perspective*, 1 STAN. J. COMPLEX LITIG. 219, 222 (2013).

⁷⁸ See *In re Chevron Corp.*, 749 F. Supp. 2d at 146.

⁷⁹ Boutros, Jr., *supra* note 77, at 223.

⁸⁰ *Id.*

⁸¹ See 623 F. Supp. 2d 518, 537–38 (D. Del. 2009).

⁸² *Id.* at 538.

⁸³ *Id.* at 537–38.

⁸⁴ *Id.*

⁸⁵ *Id.* at 538.

⁸⁶ *Id.*

⁸⁷ Timothy G. Nelson, *Down in Flames: Three U.S. Courts Decline Recognition to Judgments from Mexico*, Citing Corruption, 44 INT’L LAW 897, 906–07 (2010).

⁸⁸ *Id.* at 907.

perspective, Bell Helicopter is the exception that proves the rule: under the standard set by most U.S. courts, the defendant must meet a heavy, occasionally insurmountable burden of production to prevail on a fraud defense. These cases illustrate the difficulty of mounting a persuasive fraud defense in a foreign judgments recognition proceeding.

4. Systemic Lack of Due Process

As compared to the fraud defense, a defense of systemic lack of due process imposes a lower burden of production.⁸⁹ If the defendant raises systemic inadequacy as a ground for the nonrecognition of a foreign judgment, the court looks for evidence of “clear partiality or a clear lack of evidence of partiality on the part of the foreign legal system.”⁹⁰ There is no “clear threshold that separates what is sufficient to produce nonrecognition from what is not sufficient.”⁹¹ Courts consider whether the principles of due process are enshrined in the foreign constitution, in the analysis of the U.S. State Department Country Reports on Human Rights Practices, and in the perspectives of legal experts in the foreign judicial system.⁹² These are resources readily accessible to most defendants.

Courts have placed particular stock in U.S. State Department records.⁹³ In *Bridgeway Corp. v. Citibank*, Bridgeway sought enforcement of a money judgment rendered against Citibank by the Supreme Court of Liberia in 1995 when Liberia was in the midst of civil war.⁹⁴ The defendant raised systemic inadequacy as a ground for nonrecognition, citing the U.S. State Department Country Reports for Liberia that indicated rampant corruption in the judicial system during this period.⁹⁵ For its part, the creditor submitted affidavits from two Liberian legal experts, one of whom was the former Vice President of the Liberian National Bar Association, testifying to the integrity of the Liberian judicial system.⁹⁶ The Second Circuit was persuaded by the State Department’s assessment of the Liberian judicial system:

[State Department Human Rights Practices] Reports are submitted annually, and are therefore investigated in a timely manner. They are prepared by area specialists at the State Department. And nothing in the record or in Bridgeway’s briefs indicates any motive for misrepresenting the facts concerning Liberia’s civil war or its effect on the judicial system there.⁹⁷

Similarly, in *Bank Melli Iran v. Pahlavi*, Bank Melli Iran and Bank Mellat sought enforcement of Iranian money judgments rendered in 1982 and 1986 against Princess Shams Pahlavi, the Shah’s older sister.⁹⁸ The Ninth Circuit considered the State Department Reports on Human Rights Practices, consular travel warnings, a 1991 State

⁸⁹ See, e.g., *Bridgeway Corp. v. Citibank*, 201 F.3d 134 (2d Cir. 2000) (affirming denial of recognition to a foreign judgment rendered in Liberian courts during the Liberian Civil War); *Bank Melli Iran v. Pahlavi*, 58 F.3d 1406, 1413 (9th Cir. 1995) (denying recognition to a foreign judgment rendered in Iran after the revolution against the older sister of the Shah because of prejudice to persons associated with the monarchy); *S.C. Chimexim S.A. v. Velco Enters. Ltd.*, 36 F. Supp. 2d 206, 214 (S.D.N.Y. 1999).

⁹⁰ *Brand*, *supra* note 51, at 510.

⁹¹ *Id.*

⁹² *Id.* at 510–14.

⁹³ See Bureau of Democracy, Human Rights, & Labor, U.S. Dep’t of State, *2019 Country Reports on Human Rights Practices*, U.S. DEP’T STATE (Mar. 11, 2020), <https://www.state.gov/reports/2019-country-reports-on-human-rights-practices> [https://perma.cc/9SX2-GJCK].

⁹⁴ 201 F.3d at 138.

⁹⁵ *Id.* at 138–39.

⁹⁶ *Id.* at 142.

⁹⁷ *Id.* at 143–44.

⁹⁸ 58 F.3d 1406, 1407–08 (9th Cir. 1995).

Department terrorism report, and a State Department official's 1990 declaration relating to Iran.⁹⁹ On the basis of these records, the Ninth Circuit concluded that a person with ties to the Shah's regime, in the years immediately following the Iranian Revolution, would not have been likely to receive a fair trial in an Iranian court.¹⁰⁰

These cases and more contemporary disputes concerning foreign judgments recognition suggest that due process concerns are more likely to prevail when raised with regard to the entire judicial system, rather than a specific proceeding.¹⁰¹ It is possible that the higher success rate is due to U.S. courts' reliance on publicly available information in systemic inadequacy defenses, which lowers the defendant's burden of production.

* * *

The United States' adherence to the Judgments Convention would entail changes to U.S. foreign judgments recognition law—at least with regard to judgments issued by the courts of certain co-contracting states. The fraud defense would remain: the fraud defense under the Recognition Acts and Restatement has a clear analogue in Article 7, paragraph 1(b) of the Judgments Convention. However, systemic inadequacy is not one of the grounds for nonrecognition permitted under Article 7 of the Convention. Therefore, defendants in these disputes would not be permitted to invoke the systemic inadequacy defense. This change to U.S. law could have repercussions if the scenario addressed below were to occur.

II. The Scenario: The Judiciary of a Contracting State Deteriorates

If the United States were to ratify the Judgments Convention, a systemic lack of due process would no longer be permissible grounds for refusing recognition of a foreign judgment issued by certain other contracting states. In that event, a defendant contesting enforcement of the judgment in another contracting state—and believing it had not received a fair trial in the court of origin—would have to plead one of the narrow grounds for nonrecognition under Article 7.¹⁰²

In a contracting state with a robust judicial system, the Judgments Convention's grounds for nonrecognition would be sufficient to screen for those rare judgments that are tainted by corruption. As the vast majority of decisions rendered by the foreign courts would be fair, a U.S. court hearing an enforcement proceeding could safely presume that the decision before it was also rendered fairly—unless presented with evidence of foul play in the specific proceeding. However, the Judgments Convention's narrow grounds for nonrecognition may not effectively screen judgments issued by a system with rampant corruption or a systemic lack of due process.

Consider the following scenario. A state accedes to the Judgments Convention. At the time of accession, the state in question is a stable, functioning democracy and is well

⁹⁹ Brand, *supra* note 51, at 513.

¹⁰⁰ Bank Melli Iran, 58 F.3d at 1411–13.

¹⁰¹ *See, e.g.*, *DeJoria v. Maghreb Petroleum Expl., S.A.*, 804 F.3d 373, 380–84 (5th Cir. 2015) (considering the state of due process in the Moroccan judicial system); *Iraq Middle Mkt. Dev. Found. v. Harmoosh*, 175 F. Supp. 3d 567, 574–75 (D. Md. 2016) (considering the state of the Iraqi judicial system after the Iraq War); *Chevron Corp. v. Donziger*, 768 F. Supp. 2d 581, 633 (S.D.N.Y. 2011) (“[T]here is abundant evidence before the Court that Ecuador has not provided impartial tribunals or procedures compatible with due process of law, at least in the time period relevant here, especially in cases such as this.”).

¹⁰² The most applicable grounds would be the Article 7, paragraph 1(b) fraud exception or the Article 7, paragraph 1(c) public policy exception under the 2019 Hague Judgments Convention.

regarded in the world community with a fair and transparent judiciary. None of the other contracting states invoke Article 29 of the Judgments Convention to suspend treaty relations with the new State Party. After the grace period provided by Article 29 has expired, there is a marked change—for the worse—in the judicial order of the acceded state.

Suppose that an authoritarian party rises to power in the acceded state, capturing seats in the parliament and finally all branches of government. The new regime does not alter the state's constitution and alters few of the existing laws. However, there is evidence that the courts under the regime are often tainted by “telephone justice” whereby a discreet call from a government official determines the outcome of criminal and civil disputes.¹⁰³ Even if there is no “telephone justice,” in the political culture under the new regime, a court will know which outcomes the regime expects.¹⁰⁴ This melancholy state of affairs is confirmed by the U.S. State Department's Human Rights Practice reports.

A judgment creditor from that compromised state then seeks enforcement of a judgment covered by the Judgments Convention in the United States. Looking objectively, a U.S. court could reasonably doubt whether all litigants received due process in the foreign judicial system, but the Convention precludes the judge from acting on it. The defendant is required to prove fraud or lack of due process in the specific proceeding.¹⁰⁵

However, few litigants would be able to bring persuasive evidence of fraud or lack of due process in a specific proceeding. First, as demonstrated by *Bell, Helicopter* and *Chevron*, the defendant's burden of production in a fraud defense is heavy.¹⁰⁶ Under the scenario posited above, it would be difficult for a defendant to adduce first-person testimony from someone privy to the fraud or due process violation in the foreign litigation.¹⁰⁷ Any person residing in the foreign state that testified for the defendant or aided the defendant in the investigation might risk their career, reputation, or safety. The cost alone of such an investigation might be beyond the resources of many defendants. Second, where the political culture compels the courts to reach certain outcomes favored by the government, it would be difficult to provide any proof of fraud because there may not have been any exchange of money or instruction by a government official to the court. For example, in *Pahlavi*, it would be unlikely that an Iranian judge, recently installed by the new regime, would have required express instruction from the government to find in favor of the plaintiff.¹⁰⁸ The court would have implicitly understood that the sister of the dethroned Shah was not to prevail in

¹⁰³ See generally Alena Ledeneva, *Telephone Justice in Russia*, 24 POST-SOVIET AFF. 324 (2008) (discussing how to assess the pervasiveness of telefonnoye pravo or “telephone justice,” and using Russia as a case study).

¹⁰⁴ As an illustration of this scenario, consider, for example, the recent troubling developments in the Polish judiciary. See *supra* note 8 and accompanying text. Another example to consider is Slovakia. In 2018, journalists Pavla Holcová, Arpád Soltesz, and Eva Kubaniova investigated the rampant corruption of judges and prosecutors in Slovakia as well as the murder of their friend and colleague while he was reporting on corruption in the country. See Pavla Holcová, Arpád Soltesz, Kočner's World, ORGANIZED CRIME & CORRUPTION REPORTING PROJECT (Feb. 21, 2020), <https://www.occrp.org/en/a-journalists-undying-legacy/kocners-world> [<https://perma.cc/R9W-QKNE>]. Slovakia was once “touted as a poster child for successful transition [...] to European rule of law.” *Id.*

¹⁰⁵ See 2019 Hague Judgments Convention art. 7, ¶ 1(b)–(c), *supra* note 1.

¹⁰⁶ See *supra* Section I.B.3 for a discussion of the fraud defense in prior U.S. case law.

¹⁰⁷ See *supra* Section I.B.3.

¹⁰⁸ See *supra* text accompanying notes 98–100 for a discussion of *Bank Melli Iran v. Pahlavi*, 58 F.3d 1406 (9th Cir. 1995).

the dispute. A case such as this may simply involve a deprivation of rights favored by a higher authority.

In such a situation, defendants contesting enforcement will prove unable to meet the burden of production required by a U.S. court to prove fraud or an absence of due process in the foreign court proceeding. Many defendants would fail to mount persuasive defenses under the nonrecognition grounds prescribed by the Judgments Convention. As a result, courts in the contracting states might find themselves obliged to enforce tainted civil judgments rendered in the compromised state.

III. The Nonstarters: Options that Compromise U.S. Interests

The Judgments Convention presumes that the political and legal culture of States Parties will remain stable. From the time a state becomes a party to the Convention, it is obliged to comply with the terms of the Judgments Convention with regard to all other States Parties, excepting the opt-outs permitted under Article 29.¹⁰⁹ To create stability, the Judgments Convention does not permit a State Party to suspend treaty relations with another state outside the parameters defined by Article 29.¹¹⁰ Within the four corners of the Judgments Convention, a state is locked into its obligations under the Convention.

There are four exit strategies that should be discouraged. First, the United States could use the opt-out provision liberally and restrict its treaty relations to a close-knit circle of allies. However, this would arguably defeat the core objective that the Judgments Convention seeks to achieve, which is the harmonization of states' foreign judgments recognition law.¹¹¹ Second, in practice, the United States would never be permanently locked into its obligations under the Judgments Convention inasmuch as Article 31 allows a party to denounce the treaty and withdraw twelve months after notice is given to the depositary.¹¹² But this would cost twelve months of Judgments Convention-required enforcement of corrupted judgments.¹¹³ Moreover, in denouncing the treaty, the United States would be cutting off its nose to spite its face, as denunciation would deprive the United States of the Judgments Convention's benefits with all of the other States Parties.

Third, the United States, as a powerful state, would be able to selectively violate the Judgments Convention. Thus, the Judgments Convention notwithstanding, the U.S. State Department might issue a "suggestion" to the courts to refuse to enforce the judgments of the target State Party.¹¹⁴ However, this seemingly low-cost solution

¹⁰⁹ See 2019 Hague Judgments Convention art. 29, *supra* note 1.

¹¹⁰ See *id.*

¹¹¹ See *id.* pmb1.

¹¹² See *id.* art. 31.

¹¹³ See *id.*

¹¹⁴ This would be similar to the "suggestions of immunity" issued by the U.S. State Department in foreign sovereign immunity cases. Under 28 U.S.C. § 517 (2018), "any officer of the Department of Justice [...] may be sent by the Attorney General to any State or district in the United States to attend to the interests of the United States in a suit pending in a court of the United States." There, the United States may submit to the court a "suggestion" by the U.S. State Department as to whether a defendant is entitled to foreign sovereign immunity. For example, in *Lafontant v. Aristide*, 844 F. Supp. 128, 131 (E.D.N.Y. 1994), the State Department submitted a statement that read:

The United States has an interest and concern in this action against President Aristide insofar as the action involves the question of immunity from the Court's jurisdiction of the head-of-state of a friendly foreign state. The United States' interest arises from a determination by the Executive Branch of the Government of the United States, in the implementation of its foreign policy and in

actually comes with a high price tag. As an actor committed to a rules-based international system, the United States, more than any other actor, has an investment in the rule of *pacta sunt servanda*.¹¹⁵ Each unilateral treaty violation undercuts it and a violation by the United States itself eviscerates it.

Finally, Article 7, paragraph 1(c) of the Convention, which was considered earlier, is also a risky option.¹¹⁶ Article 7, paragraph 1(c) allows a court of a State Party to refuse to enforce a judgment of another contracting state on “public policy” grounds where “recognition or enforcement would be manifestly incompatible with the public policy of the requested State, including situations where the specific proceedings leading to the judgment were incompatible with fundamental principles of procedural fairness of that State and situations involving infringements of security or sovereignty of that State.”¹¹⁷ Given the generality of the concept of public policy, this provision would seem to allow a State Party to achieve the effect of unilateral refusal to enforce without the appearance of a violation of the Judgments Convention.¹¹⁸ However, like the burden of proving fraud, the criterion of incompatibility with “fundamental principles of procedural fairness” imposes a burden on the defendant that is difficult to discharge in an adversarial process with respect to a State Party whose judicial system has deteriorated. Moreover, public policy is “an unruly horse,”¹¹⁹ which like the length of a “Chancellor’s foot,” varies from court to court.¹²⁰ Reliance on Article 7, paragraph 1(c) as a safety valve for states whose judicial systems have deteriorated could well produce a chaotic jurisprudence. Nonetheless, it could moderate the unilaterality of a reservation.¹²¹

IV. The Solutions: Derogations Permitted under International Law

International law provides tools by which a State Party may lawfully deprive a compromised State Party of the benefits of the Judgments Convention without sacrificing the integrity of the whole treaty. This Section considers three possible methods: (A) a Chapter VII Resolution by the United Nations Security Council, an invocation of Article 62 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, and (C) a reservation to the Judgments Convention.

A. A Chapter VII Resolution by the United Nations Security Council

A Chapter VII Resolution is one method that would allow the United States to lawfully extricate itself from its obligations toward another contracting state under the

the conduct of its international relations, that permitting this action to proceed against President Aristide would be incompatible with the United States’ foreign policy interests.

The district court subsequently dismissed the action. *Id.* at 140.

¹¹⁵ *Pacta Sunt Servanda*, BLACK’S LAW DICTIONARY (11th ed. 2019) (“The rule that agreements and stipulations, esp. those contained in treaties, must be observed [...]”).

¹¹⁶ See *supra* text accompanying notes 37–38.

¹¹⁷ 2019 Hague Judgments Convention art. 7, ¶ 1(c), *supra* note 1.

¹¹⁸ For an analysis of the public policy exception to the Judgments Convention, see generally Junhyok Jang, *The Public Policy Exception Under the New 2019 HCCH Judgments Convention*, 67 NETH. INT’L L. REV. 97 (2020).

¹¹⁹ *Richardson v. Mellish* (1824) 130 Eng. Rep. 294, 303; 2 Bing. 229, 252 (“[P]ublic policy [...] is a very unruly horse, and when once you get astride it you never know where it will carry you.”).

¹²⁰ See, e.g., *Gee v. Pritchard* (1818) 36 Eng. Rep. 670, 674; 2 Swans. 408, 413 (Lord Eldon) (“The doctrines of this Court ought to be as well settled and made as uniform almost as those of the common law, laying down fixed principles, but taking care that they are to be applied according to the circumstances of each case. I cannot agree that the doctrines of this Court are to be changed with every succeeding judge. Nothing would inflict on me greater pain, in quitting this place, than the recollection that I had done any thing to justify the reproach that the equity of this Court varies like the Chancellor’s foot.”).

¹²¹ See *infra* Section IV.C.

Judgments Convention without sacrificing the treaty in its entirety. Although theoretically possible, this option is unlikely to be viable.

Under Article 103 of the U.N. Charter, Charter obligations take precedence over all other international agreements.¹²² Therefore, there might be a rare situation in which compliance with the Judgments Convention in regard to one specific party would be inconsistent with a Chapter VII Resolution of the Security Council. Article 41 of the Charter further provides, “[t]he Security Council may decide what measures not involving the use of armed force are to be employed to give effect to its decisions, and it may call upon the Members of the United Nations to apply such measures.”¹²³

It is entirely within the discretion of the Security Council to determine what acts constitute a breach of or threat to the peace and to determine the mechanism by which it calls on states to remedy that breach or threat.¹²⁴ Furthermore, a Chapter VII breach of or threat to the peace has been interpreted liberally by the Security Council—and that right to interpret liberally has been upheld by the International Court of Justice (ICJ).¹²⁵ A “threat to the peace” may include acts that do not breach firm international laws or even go beyond a state’s borders.¹²⁶ In terms of the mechanisms at its disposal, the Security Council can compel, for example, suspension of diplomatic relations, the imposition of economic sanctions, or the use of force.¹²⁷ Therefore, if the Security Council perceived a threat to or breach of the peace by the target state in any form, it could pass a Chapter VII Resolution compelling all States Parties to suspend the operation of the Judgments Convention with respect to the target state while continuing to implement the Convention *inter se*.¹²⁸

Furthermore, even if the Security Council perceived that the target state posed a threat to the peace, the Security Council might exclude civil judgments from sanction. The Security Council may not consider the mandatory nonrecognition of private law judgments as an appropriate sanction against the government of the target state because the brunt of the sanction would fall squarely on private individuals. In its advisory

¹²² U.N. Charter art. 103 (“In the event of a conflict between the obligations of the Members of the United Nations under the present Charter and their obligations under any other international agreement, their obligations under the present Charter shall prevail.”).

¹²³ *Id.* art. 41.

¹²⁴ This is indicated by the self-judging language of Article 39 of the U.N. Charter. *Id.* art. 39; *see also* Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, 1971 I.C.J. 16, ¶ 120 (June 21) [hereinafter Namibia Advisory Opinion].

¹²⁵ *Id.* (“The precise determination of the acts permitted or allowed—what measures are available and practicable, which of them should be selected, what scope they should be given and by whom they should be applied—is a matter which lies within the competence of the appropriate political organs of the United Nations acting within their authority under the Charter.”).

¹²⁶ For example, Myres S. McDougal and W. Michael Reisman argue that a Chapter VII “threat to the peace” could include systemic suppression of human rights that occur within a state’s—for example, Rhodesia’s—own borders. Myres S. McDougal & W. Michael Reisman, *Rhodesia and the United Nations: The Lawfulness of International Concern*, 62 AM. J. INT’L L. 1, 15, 18–19 (1968).

¹²⁷ U.N. Charter arts. 41–42.

¹²⁸ Nonetheless, there would be two challenges to securing a Chapter VII Resolution against the target state. First, a compromised judicial system is not necessarily enough to constitute a threat to the peace. The Security Council would likely require evidence of serious internal human rights violations, as in the case of Rhodesia. *See* McDougal & Reisman, *supra* note 126, at 2, 15, 18–19. Second, political dynamics within the Security Council can hinder consensus among member states. For example, in December 2019, the Security Council failed to adopt a resolution extending a prior authorization for the cross-border delivery of humanitarian aid to Syria. Competing proposals were tabled, and there was a clear division between European member states and the United States, on one side, and China and Russia, on the other side. *See* Press Release, Security Council, Security Council Rejects 2 Draft Resolutions Authorizing Cross-Border, Cross-Line Humanitarian Access in Syria, U.N. Press Release SC/14066 (Dec. 20, 2019).

opinion on Namibia, the ICJ indicated that private individuals are to be shielded from Chapter VII countermeasures.¹²⁹ In 1966, the U.N. General Assembly determined that South Africa no longer had the right to administer present day Namibia.¹³⁰ South Africa refused to withdraw.¹³¹ In January 1970, the Security Council adopted Resolution 276 stipulating that the continued presence of South African authorities in Namibia was illegal and acts conducted by those authorities were “illegal and invalid.”¹³² In June 1970, the Security Council asked the ICJ to advise it on the consequences for third-party states of the illegal occupation of Namibia by South Africa.¹³³ The Court studied the situation and allowed that private law relations with Namibia’s population would not necessarily fall under the proclaimed ban:

[W]hile official acts performed by the Government of South Africa on behalf of or concerning Namibia after the termination of the Mandate are illegal and invalid, this invalidity cannot be extended to those acts, such as, for instance, the registration of births, deaths and marriages, the effects of which can be ignored only to the detriment of the inhabitants of the Territory.¹³⁴

These examples are consonant with the deep policy of the Judgments Convention, which is to insulate private law relations that continue for the benefit of private parties from being sacrificed in circumstances in which the state itself is misbehaving.

A foreign civil judgment has both a public and private nature: “[I]t is public in so far as it is a pronouncement of a State institution and it is private in so far as it is a resolution of a dispute in which only the litigants are immediately involved.”¹³⁵ If the Security Council called on states to refuse recognition to the civil or commercial judgments of a target state or to derogate from obligations under the Judgments Convention, private litigants would suffer. Therefore, it is unlikely that a Chapter VII Resolution would call on states to do so, even assuming that the Herculean task of securing the agreement of all permanent members could be achieved. As such, a Chapter VII Resolution should not be anticipated as a means of suspending treaty relations under the Judgments Convention.

B. *Article 62 of the Vienna Convention on the Law of Treaties*

If the target state undergoes a “fundamental change of circumstances,” the United States may be able to invoke Article 62 of the Vienna Convention on the Law of Treaties (the Vienna Convention) as a means of suspending treaty relations with the target state.¹³⁶ Article 62 provides:

A fundamental change of circumstances which has occurred with regard to those existing at the time of the conclusion of a treaty, and which was not foreseen by the parties, may not be invoked as a ground for terminating [or suspending] or withdrawing from the treaty unless:

¹²⁹ Namibia Advisory Opinion, *supra* note 124, ¶ 125.

¹³⁰ G.A. Res. 2145 (XXI), at 2 (Oct. 27, 1966).

¹³¹ Namibia Advisory Opinion, *supra* note 124, ¶ 82.

¹³² S.C. Res. 276, ¶ 2 (Jan. 30, 1970).

¹³³ *See* Namibia Advisory Opinion, *supra* note 124, ¶ 1.

¹³⁴ *Id.* ¶ 125.

¹³⁵ Ho, *supra* note 18, at 444.

¹³⁶ Vienna Convention on the Law of Treaties art. 62, ¶¶ 1, 3, *supra* note 45.

- (a) the existence of those circumstances constituted an essential basis of the consent of the parties to be bound by the treaty; and
- (b) the effect of the change is radically to transform the extent of obligations still to be performed under the treaty.¹³⁷

The question remains whether a compromised judicial system qualifies as a “fundamental change of circumstances” and whether Article 62 permits the unilateral suspension of the Judgments Convention with regard to a single party of a multilateral treaty, as opposed to all parties.

To qualify as a fundamental change of circumstances under Article 62, (1) the original circumstances must have existed at the time the treaty was concluded; (2) the original circumstances must have “constituted an essential basis of the consent of the parties to be bound by the treaty”; (3) the change was not foreseen by the parties; (4) the change is fundamental to the consent of the parties; and (5) the change radically transforms “the extent of obligations still to be performed under the treaty.”¹³⁸

Admittedly, there is nothing explicit in the Judgments Convention that speaks of overall judicial culture and systemic due process in a State Party as requirements for compliance with the provisions of the treaty. Every State Party makes that determination for itself when it joins the Judgments Convention and considers its opt-out options. However, it can be argued that a presumption exists in Article 7, paragraphs 1(b) and 1(c), the fraud and public policy exceptions to foreign judgment recognition.¹³⁹ Under the Judgments Convention, the fraud and public policy exceptions are the means of challenging the recognition of a judgment tainted by a denial of due process. The fraud and public policy exceptions are discretionary and generally must pertain to the specific judgment in question, so they assume that the overall judicial culture of the state issuing the judgment is sound and transparent. The burden of proof is on the defendant in exceptional, individual judgments to prove denial of due process. The opening phrase of the Preamble to the Judgments Convention also supports this presumption when it states that the parties are “[d]esiring to promote effective access to justice for all.”¹⁴⁰

In short, the Judgments Convention provides that each State Party determine its degree of comfort with the overall judicial culture and systemic due process of each of the other States Parties when the party undertakes to comply with obligations under the treaty. Therefore, in the absence of any mechanism for dispute settlement in the Judgments Convention, it must also remain to each party to determine for itself whether the overall judicial culture and systemic due process of another State Party has significantly changed so as to permit the party to avail itself of the option of Article 62 of the Vienna Convention.¹⁴¹

¹³⁷ *Id.* art. 62, ¶ 1

¹³⁸ Wolff Heintschel von Heinegg, *Treaties, Fundamental Change of Circumstances*, in 9 THE MAX PLANCK ENCYCLOPEDIA OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW 1114, 1115 (Rüdiger Wolfrum ed., 2012) (emphasis removed) (breaking down Vienna Convention on the Law of Treaties Article 62 into sub-elements).

¹³⁹ 2019 Hague Judgments Convention, art. 7, ¶ 1(b)–(c), *supra* note 1.

¹⁴⁰ *Id.* pmb.

¹⁴¹ The HCCH might alternatively organize a working group of states to articulate standards or criteria for suspending operation of the Judgments Convention with regard to a compromised state.

In the posited scenario, first, the target state would have had a fair and transparent judiciary at the time it became party to the Judgments Convention.¹⁴² Second, reliance on the target state’s functioning judiciary is what would have induced the United States to enter into treaty relations with the target state.¹⁴³ If the target state had a compromised judiciary at the time of accession, the United States would have exercised Article 29 to suspend treaty relations.¹⁴⁴ Third, under the posited scenario, the United States could not have foreseen the deterioration in the target state’s judiciary.¹⁴⁵ Most likely, the authoritarian party or faction in the posited scenario would not yet have been in existence or would have been a political minority and socially marginalized. Fourth, the change is arguably “fundamental” because it profoundly impacts the quality of decisions rendered by the target state, which the United States will be obliged to enforce.¹⁴⁶ Fifth, in turn, this imposes a burden on U.S. courts, which will have difficulty refusing recognition to corrupted judgments and may be obliged to enforce a number of corrupted judgments against U.S. defendants.¹⁴⁷ As such, the United States could argue that the deterioration of the target state’s judiciary constitutes a fundamental change of circumstances.

Rebus sic stantibus,¹⁴⁸ the doctrine underlying Article 62, has been invoked in circumstances akin to the scenario considered here. The Netherlands invoked *rebus sic stantibus* in 1982 to suspend a development assistance agreement with Suriname when the government that the Netherlands had agreed to assist was overthrown in a coup d’état and the new regime committed a series of human rights violations.¹⁴⁹ In 1941, in quite a different context, President Franklin Roosevelt invoked the doctrine to suspend U.S. obligations under the 1930 International Load Line Convention during World War II.¹⁵⁰ Roosevelt’s suspension of the Convention was widely criticized, though most states ultimately accepted the suspension.¹⁵¹

The ICJ has also had occasion to speak on Article 62 and has interpreted it narrowly.¹⁵² Few parties have ever prevailed before the ICJ in an Article 62 defense.¹⁵³ In the Fisheries Jurisdiction cases, the ICJ rejected a *rebus sic stantibus* claim with respect to a 1961 agreement between the United Kingdom and Iceland concerning fishing rights, even though fishing techniques and the international law governing fisheries had

¹⁴² Applying the requisite elements for the invocation of Article 62 of the Vienna Convention as set out by von Heinegg, *supra* note 138.

¹⁴³ *See id.*

¹⁴⁴ *See* 2019 Hague Judgments Convention art. 29, *supra* note 1.

¹⁴⁵ *See* von Heinegg, *supra* note 138.

¹⁴⁶ *See id.*

¹⁴⁷ *See id.* and accompanying text.

¹⁴⁸ *See Clausa Rebus Sic Stantibus*, BLACK’S LAW DICTIONARY (11th ed. 2019) (describing the doctrine as providing that a treaty is “binding only as long as the circumstances in existence when the treaty was signed remain substantially the same”).

¹⁴⁹ Mark E. Villiger, COMMENTARY ON THE 1969 VIENNA CONVENTION ON THE LAW OF TREATIES 772 (2009); *see also* Malgosia Fitzmaurice, *Exceptional Circumstances and Treaty Commitments*, in THE OXFORD GUIDE TO TREATIES 595, 608–09 (Duncan B. Hollis ed., 2d ed. 2020).

¹⁵⁰ Fitzmaurice, *supra* note 149, at 595, 609.

¹⁵¹ *See id.*; *see also* STAFF OF S. COMM. ON FOREIGN RELATIONS, 95TH CONG., THE ROLE OF THE SENATE IN TREATY INTERPRETATION RATIFICATION 75 (Comm. Print 1977) (explaining that President Roosevelt concluded that it was “clear from its general nature that the [Load Line Convention] was a peacetime agreement”); *Roosevelt Ends Load Line Accord*, N.Y. TIMES, Aug. 10, 1941, at S8 (listing the contracting states that consented to the U.S. suspension).

¹⁵² Fitzmaurice, *supra* note 149, at 595, 604.

¹⁵³ *Id.*

changed in the intervening period.¹⁵⁴ The ICJ stipulated that the change must have rendered “the performance something essentially different from that originally undertaken.”¹⁵⁵ Similarly, in the *Gabčíkovo-Nagymaros* case, the ICJ determined that the collapse of the communist regimes in both Hungary and Czechoslovakia did not constitute a fundamental change of circumstances, even though the 1977 treaty between the parties was essentially intended as a vehicle for “socialist integration.”¹⁵⁶ The ICJ identified the 1977 treaty’s object and purpose as a joint investment program for energy production, flood control, and navigation on the Danube, which were sufficiently distinct from the change in the political and ideological structure of the states.¹⁵⁷

Regardless of ICJ jurisprudence, the Judgments Convention does not have a dispute settlement mechanism, and the United States is not subject to the compulsory jurisdiction of the ICJ.¹⁵⁸ Other states may criticize the United States for invoking Article 62, but in practice, their objections would have few legal consequences for the United States, especially if the United States could provide evidence of the judicial deterioration of the target state.

The question remains as to whether the United States could invoke Article 62 to suspend treaty relations with a single party as opposed to suspending relations with all contracting parties. It does not appear that a state has ever attempted to do so. At the same time, there is nothing in the Vienna Convention that prohibits suspension of a multilateral treaty toward another State Party to the multilateral treaty.

Some multilateral treaties by their very nature do not allow a State Party to suspend the treaty’s application with regard to another State Party. Obligations created under the treaty are interdependent. The prime example of such a multilateral treaty is the U.N. Charter. The relationships generated by the U.N. Charter are deeply interconnected and one party cannot suspend application of the U.N. Charter toward another party.¹⁵⁹ However, a multilateral treaty may in effect be a network of essentially discrete, bilateral

¹⁵⁴ *Id.* at 605–06 (summarizing the finding in *Fisheries Jurisdiction (U.K. v. Ice)*, Judgment, 1973 I.C.J. 3 (Feb. 2)).

¹⁵⁵ *Fisheries Jurisdiction*, 1973 I.C.J. 3, ¶ 43.

¹⁵⁶ Fitzmaurice, *supra* note 149, at 595, 605–06 (summarizing the finding in *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hung. v. Slov.)*, Judgment, 1997 I.C.J. 7, ¶ 95 (Sept. 25)).

¹⁵⁷ See *Gabčíkovo-Nagymaros Project*, 1997 I.C.J. 7, ¶ 15 (“The joint investment was thus essentially aimed at the production of hydroelectricity, the improvement of navigation on the relevant section of the Danube and the protection of the areas along the banks against flooding.”).

¹⁵⁸ The United States withdrew its acceptance of the compulsory jurisdiction of the ICJ in 1985 after the ICJ determined that it had jurisdiction in *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicar. v. U.S.)*, Judgment, 1984 I.C.J. 395 (Nov. 26). See *Text of U.S. Statement on Withdrawal from Case Before the World Court*, N.Y. TIMES, Jan. 19, 1985, § 1, at 4. Furthermore, the target state would likely not succeed in bringing the United States before the ICJ using a secondary treaty, such as a treaty of amity or a friendship, commerce and navigation treaty. Although many such treaties include a provision whereby the parties consent to ICJ jurisdiction in the event of a dispute, these treaties do not contain provisions touching the enforcement of civil judgments. See, e.g., *Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights, U.S.-Iran*, Aug. 15, 1955, 8 U.S.T. 899; *Treaty of Friendship, Commerce and Navigation, U.S.-Isr.*, Aug. 23, 1951, 5 U.S.T. 550.

¹⁵⁹ For example, in Chapter I of the U.N. Charter, the summary of the Charter’s purposes and principles suggests the construction of a legal community. U.N. Charter art. 1, ¶¶ 3–4 (“The Purposes of the United Nations are [...] [t]o achieve international co-operation in solving international problems [...] and [t]o be a centre for harmonizing the actions of nations in the attainment of these common ends.”). Although there is some debate as to whether withdrawal from the Charter is permitted, scholars have not argued that the Charter can be suspended between two individual U.N. member states. See Dapo Akande, *Withdrawal from the United Nations: Would It Have Been Lawful for the Philippines?*, EJIL:TALK! (Sept. 19, 2016), <https://www.ejiltalk.org/can-the-philippines-withdraw-from-the-un> [<https://perma.cc/85GV-H7V8>] (discussing whether withdrawal from the United Nations was contemplated by the drafters).

relationships.¹⁶⁰ This is the nature of the Judgments Convention, especially with its opt-out provision by which a State Party chooses the states with which it will maintain treaty obligations. It is essentially a series of bilateral relationships, committing a pair of parties to the reciprocal recognition and enforcement of foreign civil judgments. The suspension of a single bilateral relationship should not disrupt the functioning of treaty relations between other states. Hence, it can be argued that the United States would be able to invoke Article 62 of the Vienna Convention if and when confronted with a State Party whose overall judicial culture and systemic due process have significantly deteriorated from the time that it became party to the Judgments Convention.

C. *A Reservation to the Judgments Convention*

The United States might also consider making a reservation to the Judgments Convention, whereby it reserves for itself the right to suspend treaty obligations with a state that no longer meets a minimum standard of judicial integrity. Under Article 19 of the Vienna Convention, a state may formulate a reservation when joining a treaty so long as there is no express prohibition in the treaty and the reservation is compatible “with the object and purpose of the treaty.”¹⁶¹ As regards the first exception, the Judgments Convention has no such prohibition on reservations, and indeed, an HCCH working group paper indicates that reservations to the Judgments Convention are permitted.¹⁶²

Furthermore, a reservation can be crafted so as to comply with the object and purpose of the Judgments Convention. The object and purpose are set out in the treaty’s Preamble:

[T]o promote effective access to justice for all and to facilitate rule-based multilateral trade and investment, and mobility, through judicial co-operation, [...] [to] enhance through the creation of a uniform set of core rules on recognition and enforcement of foreign judgments in civil or commercial matters, to facilitate the effective recognition and enforcement of such judgments, [...] [and to] provide greater predictability and certainty in relation to the global circulation of foreign judgments [...].¹⁶³

A carefully drafted reservation that emphasizes the need for the overall stability and integrity of a party’s judicial culture is not inconsistent with the object and purpose of the Judgments Convention as reflected in the Preamble and Article 7, paragraph 1(c).¹⁶⁴

¹⁶⁰ See, e.g., Convention on Special Missions, *adopted* Dec. 8, 1969, 1400 U.N.T.S. 231; Vienna Convention on Consular Relations, Apr. 24, 1963, 21 U.S.T. 77, 596 U.N.T.S. 261; Vienna Convention on Diplomatic Relations, Apr. 18, 1961, 23 U.S.T. 3227, 500 U.N.T.S. 95. Although these treaties attempt to create uniform treatment with regard to the diplomatic relationships among the States Parties, they are bilateral in nature and states may—by agreement—modify the treaties as between themselves without endangering the rights and obligations of any other State Party. Joost Pauwelyn distinguishes between bilateral and collective treaty relationships that exist under the Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization and the different legal consequences that entail if a contracting state breaches an obligation under a bilateral as opposed to a collective treaty relationship. See generally Joost Pauwelyn, *A Typology of Multilateral Treaty Obligations: Are WTO Obligations Bilateral or Collective in Nature?*, 14 EUR. J. INT’L L. 907 (2003).

¹⁶¹ Vienna Convention on the Law of Treaties art. 19, ¶ (c), *supra* note 45.

¹⁶² CHAIR OF THE INFORMAL WORKING GRP. ON GEN. & FINAL CLAUSES, *supra* note 41, ¶ 420.

¹⁶³ 2019 Hague Judgments Convention pmb., *supra* note 1.

¹⁶⁴ See *id.* As addressed *supra* Section I.A, Article 7, paragraph 1(c) of the Judgments Convention permits nonrecognition if “recognition or enforcement would be manifestly incompatible with the public policy of the requested State, including situations where the specific proceedings leading to the judgment

The reservation might be cast as follows: “The United States reserves the right to suspend the operation of the Convention with respect to a party if the United States determines that party’s rule of law and judicial independence have fallen below the international minimum standard.”¹⁶⁵

The operation of the reservation in a particular instance would commence with a finding by the Executive Branch that the rule of law and judicial independence of the target state has fallen below the minimum standard, followed by notification to the depositary of the suspension.¹⁶⁶ With that, the Judgments Convention would cease to operate with respect to the target state and individual judgment creditors seeking to enforce a foreign judgment from the target state’s courts could not rely on the Judgments Convention’s fast track.¹⁶⁷ The target state’s judgments would be reviewed and enforced in accordance with the pre-existing U.S. law on foreign judgments recognition.¹⁶⁸

The advantage of a reservation for the United States is threefold. First, the language of the reservation would be expressly self-judging.¹⁶⁹ In other words, the United States would reserve the right to *judge for itself* when a co-contracting party’s judiciary fell below an international minimum standard. Second, the reservation by its own terms is consistent with the objects and purposes of the Judgments Convention, as explained above. This consistency would render it more difficult for other contracting parties to challenge the United States if it chose to invoke the reservation to suspend treaty relations with another party. Third, the reservation may ease the Judgments Convention’s passage through the U.S. Senate. If the Judgments Convention is to be adopted as an Article II treaty in the United States, the President will require “the Advice and Consent of the Senate” to ratify it.¹⁷⁰ A reservation would make the Judgments Convention far less confining because the United States could lawfully extricate itself from treaty relations with a particular State Party without recourse to another body or instrument in international law.

were incompatible with fundamental principles of procedural fairness of that State and situations involving infringements of security or sovereignty of that State.” *Id.* art. 7, ¶ 1(c).

¹⁶⁵ The language of this reservation loosely mirrors the language used by the United States in its reservation to the Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War (Fourth Geneva Convention), Aug. 12, 1949, 6 U.S.T. 3516, 75 U.N.T.S. 287. *See* 1 FINAL RECORD OF THE DIPLOMATIC CONFERENCE OF GENEVA OF 1949, at 346 (1949), https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/Dipl-Conf-1949-Final_Vol-1.pdf [<https://perma.cc/6WVF-24F8>].

¹⁶⁶ The proposed procedure for the notification of suspension of the Judgments Convention is in accordance with the Vienna Convention on the Law of Treaties. *See* Vienna Convention on the Law of Treaties arts. 65, 67, *supra* note 45.

¹⁶⁷ As the Introduction discusses, the “fast track” refers to the near automatic enforcement of foreign judgments issued by other contracting states barring the narrow grounds for nonrecognition permitted under the Judgments Convention. *See supra* Introduction; *see also* 2019 Hague Judgments Convention art. 7, *supra* note 1 (detailing the grounds for a state’s refusal of recognition and enforcement).

¹⁶⁸ *See supra* Section I.B for a discussion of the 1962 and 2005 Recognition Acts and Sections 483 and 484 of the Restatement (Fourth) of Foreign Relations Law.

¹⁶⁹ In international investment law, for example, there has been a proliferation of essential security exceptions using expressly self-judging language in recent international investment agreements. *See, e.g.*, OFFICE OF THE U.S. TRADE REPRESENTATIVE, 2012 U.S. MODEL BILATERAL INVESTMENT TREATY 21 (art. 18) (Apr. 20, 2012), <https://ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf> [<https://perma.cc/B8U8-CYF8>]. A self-judging clause is comparatively more difficult for an opposing party or adjudicatory body to contest. For a discussion of self-judging clauses in international investment agreements, *see* Stephan Schill & Robyn Briese, “If the State Considers”: Self-Judging Clauses in International Dispute Settlement, 13 MAX PLANCK Y.B. UNITED NATIONS L. 61, 93, 96–97 (2009) (addressing the potential for abuse of self-judging clauses).

¹⁷⁰ U.S. CONST. art. II, § 2, cl. 2.

Furthermore, there is little incentive for other contracting states to object to such a reservation by the United States. There is nothing in the reservation that would single out another state for censure.¹⁷¹ The reservation serves as a contingency only if some unforeseen events compromise the judicial integrity of a contracting party. All contracting states with treaty relations with the United States would be confident in the robustness of their judicial systems at the time of the reservation. Indeed, it is possible that other states may follow suit and adopt similar reservations when joining the Judgments Convention.

Conclusion

As an actor committed to a rules-based global order, the United States has an interest in promoting and adhering to multilateral treaties, such as the Judgments Convention. Indeed, U.S. litigants have more to gain from the Judgments Convention’s protections than do litigants of almost any other state.¹⁷² However, the presumption underlying the Judgments Convention—that courts, worldwide, are irreversibly improving in equity and transparency—may not always hold true. If the judicial system of a State Party were to deteriorate, the Judgments Convention would not permit other States Parties to suspend the operation of the treaty with regard to the compromised state. The courts of the United States would find themselves obliged to recognize corrupted judgments, subject only to the narrow grounds for nonrecognition provided in the Judgments Convention.¹⁷³ Prudence dictates that before adhering to the Judgments Convention, the United States explore fail-safes under international law should the judicial integrity of a co-contracting state fall below a minimum standard.

This Note concludes that a reservation to the Judgments Convention is the surest recourse. Although a U.S. reservation might elicit some pushback from some States Parties, it is likely to be accepted by the majority of co-contracting states because it is entirely consonant with the Judgments Convention’s objects and purposes. From a domestic perspective, a reservation may also bolster the Judgments Convention’s prospects for advice and consent by the Senate.

During an earlier stage of the Judgments Project, H. L. Ho reflected on the competing objectives of foreign judgments recognition: “[t]he considerations of, on the one hand, the justice of the case and, on the other, the higher policies of international political and commercial relations, compete against each other and what we have is a compromise.”¹⁷⁴ A U.S. ratification of the Hague Judgments Convention—with a reservation—may be that compromise.

¹⁷¹ Although there is little incentive for other contracting states to object to a U.S. reservation, there may be some push back if the reservation is perceived as yet more evidence of “American exceptionalism.”

¹⁷² See generally Coco, *supra* note 18 (analyzing the advantages that the Judgments Convention holds for U.S. litigants).

¹⁷³ See 2019 Hague Judgments Convention art. 7, *supra* note 1; *supra* Section I.A.

¹⁷⁴ Ho, *supra* note 18, at 444.



ED9

—
ÉCOLE DOCTORALE DE DROIT INTERNATIONAL,
DROIT EUROPÉEN, RELATIONS INTERNATIONALES
ET DROIT COMPARÉ

LABORATOIRES ET ÉQUIPES D'ACCUEIL

- EA 164 Centre de droit européen (CDE)
 - EA 2294 Centre de recherche de l'Institut des Hautes Etudes Internationales (IHEI)
 - EA 3046 Institut de droit comparé de Paris (IDC)
 - EA 3049 Centre Thucydide - Analyse et recherche en relations internationales
 - EA 3385 Centre de recherche sur les droits de l'homme et le droit humanitaire (CRDH)
 - EA 4401 Centre de recherche de droit international privé et du commerce international (CRDI)
-



UNIVERSITÉ PARIS II
PANTHÉON-ASSAS

—
12 place du Panthéon

75005 Paris www.u-paris2.fr