

DOSSIER THÉMATIQUE

La privatisation

La privatisation de la justice. Perspectives françaises

♦ Maximin DE FONTMICHEL

Collaboration avec le secteur privé ou privatisation de la gouvernance mondiale en santé ?

♦ Marie BAUDEL

La compliance, une privatisation de la régulation ?

♦ Gaëlle HARDY

Les réseaux sociaux ou la privatisation de l'espace informationnel en ligne

♦ Florence G'SELL

À propos de la privatisation du droit du travail

♦ Julien ICARD

LIBRES PROPOS

Direct supervisory powers of European Securities and Markets Authority

♦ Krista ZARINA

Choix d'une loi identifiée et choix de la loi du for : une distinction à géométrie variable. Quelques remarques à propos de l'arrêt Civ. 1^{re} 26 janvier 2022, n°20-21.542

♦ Philippine BLAJAN

Towards a 'Soft Law' Framework Against Foreign Cyber attacks and Interferences in Elections

♦ Francesco SEATZU

Entre renouveau et fragilité de la liberté de conscience.

Libres propos sur l'ouvrage de Dominique Avon, *La liberté de conscience. Histoire d'une notion et d'un droit*, PUR, 2020

♦ Mustapha AFROUKH

L'affaire Lafarge et les questions préalables en droit pénal international

♦ Joaquim GAYE

LA RECHERCHE À L'ÉCOLE DOCTORALE

Les attentes légitimes en droit international économique

♦ Yoleth LAINEZ CALDERON

Justice conflictuelle et justice matérielle : pertinence et pérennité de la distinction. Étude de droit international privé de la famille

♦ Charlotte GUILLARD

Marchés et instruments financiers en droit international privé

♦ Augustin GRIDEL

Essai sur la délégation de pouvoirs à l'aune du mécanisme et de la théorie de la *prokura*

♦ Morgane BRIAND

Le droit processuel de la responsabilité civile dans un système de droit mixte (Thaïlande)

♦ Supakanya Khangrang

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 Paris-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 Paris-Panthéon-Assas

Cécile Chainais

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Julian Fernandez

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Malik Laazouzi

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Fabrice Picod

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Louis d'Avout

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Olivier de Frouville

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Marie Goré

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Yves Nouvel

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Carlo Santulli

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Comité de rédaction
Board of Editors

Matthieu Bessouet

Éditeur en chef

Carla Albanese

Éditeur

Juliette Bagary-Latchimy

Éditeur

Caroline Chaux

Éditeur

Lucas de Oliveira

Éditeur

Juliette Fauvarque

Éditeur

Mira Hamad

Éditeur

Yann Legrand

Éditeur en chef

Loriane Alem

Éditeur

Clémence Billard

Éditeur

Myriam Dahhan

Éditeur

Morgan de Walsche

Éditeur

Andréa Feuillâtre

Éditeur

Laura Prat

Éditeur

Matthieu Tournigand
Éditeur

Fondateurs
Founders

Éloïse Glucksmann

Luana Piciarca

Auteurs ayant contribué à ce numéro
Contributors to this issue

Mustapha Afroukh

*Maître de conférences HDR en droit public,
Université de Montpellier
UR_UM205/CRDH*

Philippine Blajan

*Maître de conférences en droit privé,
Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne*

Maximin de Fontmichel

*Professeur de droit privé,
Université Paris-Saclay*

Joaquim Gaye

*Doctorant,
Université Paris-Panthéon-Assas*

Charlotte Guillard

*Maître de conférences,
Université Paris-Panthéon-Assas*

Julien Icard

*Professeur de droit privé,
Université Paris-Panthéon-Assas*

Yoleth Lainez Calderon

*Docteur,
Université Paris-Panthéon-Assas*

Marie Baudel

*Docteur en droit public,
Enseignant-chercheur contractuel
Nantes Université*

Morgane Briand

*Docteur,
Université Paris-Panthéon-Assas*

Florence G'Sell

*Professeur de droit privé,
Université de Lorraine*

Augustin Gridel

*Maître de conférences,
Université de Lorraine*

Gaëlle Hardy

*Professeur de droit public,
Université des Antilles*

Supakanya Khangrang

*Lecturer,
Université publique à Khon Kaen*

Francesco Seatzu

*Full Professor of International and European Law,
University of Cagliari*

Krista Zarina

*Legal Officer,
Autorité européenne des marchés financiers*

Sommaire

Sommaire.....	1
Éditorial.....	2
Le dossier thématique : La privatisation.....	4
M. de Fontmichel, La privatisation de la justice. Perspectives françaises.....	5
M. Baudel, Collaboration avec le secteur privé ou privatisation de la gouvernance mondiale en santé ?	20
G. Hardy, La compliance, une privatisation de la régulation ?.....	31
F. G'Sell, Les réseaux sociaux ou la privatisation de l'espace informationnel en ligne.....	42
J. Icard, À propos de la privatisation du droit du travail	58
Libres propos.....	68
K. Zarina, Direct supervisory powers of European Securities and Markets Authority	69
P. Blajan, Choix d'une loi identifiée et choix de la loi du for : une distinction à géométrie variable. Quelques remarques à propos de l'arrêt Civ. 1 ^{re} 26 janvier 2022, n°20-21.542, publié au Bulletin.....	99
F. Seatzu, Towards a 'Soft Law' Framework Against Foreign Cyber attacks and Interferences in Elections	111
M. Afroukh, Entre renouveau et fragilité de la liberté de conscience. Libres propos sur l'ouvrage de Dominique Avon, <i>La liberté de conscience. Histoire d'une notion et d'un droit</i> , PUR, 2020, pp. 1171	126
J. Gaye, L'affaire Lafarge et les questions préalables en droit pénal international	133
La recherche à l'école doctorale.....	139
Y. Lainez Calderon, Les attentes légitimes en droit international économique.....	140
C. Guillard, Justice conflictuelle et justice matérielle : pertinence et pérennité de la distinction. Étude de droit international privé de la famille.....	161
A. Gridel, Marchés et instruments financiers en droit international privé	168
M. Briand, Essai sur la délégation de pouvoirs à l'aune du mécanisme et de la théorie de la <i>prokura</i> . Contribution à la théorie de la représentation civile et commerciale	172
S. Khangrang, Le droit processuel de la responsabilité civile dans un système de droit mixte (Thaïlande)	178

Éditorial

Le thème que nous avons arrêté pour le dossier de ce cinquième numéro de la revue est celui de la privatisation. Si ce sujet est associé aux grands chocs idéologiques qui traversèrent le XX^e siècle, il occupe toujours le devant de la scène politique française et internationale. En effet, comment ne pas voir l'épouvantail du recours au système de capitalisation planté ces dernières semaines dans le débat sur la réforme des retraites comme une énième forme de privatisation ?

Sur le plan historique et selon le récit habituellement raconté, c'est en 1986 que les premières vagues du dernier mouvement qualifié de « privatisation » atteignirent la France. Au processus de nationalisation de plusieurs grands acteurs économiques ayant accompagné l'élection du président François Mitterrand succéda un reflux qui entraîna la privatisation de nombreuses entreprises publiques telles que Saint-Gobain, Paribas ou Société Générale. La lame de fond de la privatisation n'était cependant pas prête d'être endiguée et les ondes de privatisation se sont succédé. Parallèlement à ce mouvement de privatisation des acteurs, les logiques traditionnellement associées au privé se sont à leur tour propagées. Les domaines du public qui échappèrent ainsi au transfert de leur gestion à des acteurs privés s'alignèrent à bien des égards sur le régime de ces acteurs : primauté de l'intérêt personnel, de l'objectif d'efficacité, de la concurrence, des contrats et de la supplétabilité. Autant de signes d'un tel mouvement peut-être souhaitable, mais toujours contesté. Sur la scène internationale, l'effondrement du bloc soviétique et le succès politique de l'idéologie néolibérale aida ce mouvement de privatisation profond à se propager, dans les anciens pays du bloc comme les autres États. La France n'est pas un cas isolé.

Phénomène maintenant ancien, la privatisation touche désormais des fonctions réputées régaliennes de l'État, et cette actualité a guidé l'équipe éditoriale vers le choix de consacrer le dossier de ce numéro à ce thème. Nous avons donc réuni cinq contributions par des auteurs que nous voulions lire sur ce sujet. Cinq auteurs qui livrent leurs constats et analyses de ce mouvement de privatisation dans leur domaine de prédilection. Ainsi, vous pourrez lire M. de Fontmichel sur la privatisation de la justice, qui accroît le rôle des acteurs privés dans la justice comme collaborateurs ou substituts des acteurs publics, M. Braudel sur la privatisation de la gouvernance mondiale de la santé, qui accroît le rôle des acteurs privés dans les programmes sanitaires internationaux et dans le fonctionnement de l'Organisation mondiale de la santé, G. Hardy sur l'ambivalence de considérer la *compliance* comme une privatisation de la régulation, F. G'Sell sur la privatisation de l'espace informationnel en ligne par les réseaux sociaux et J. Icard sur le double effet de la privatisation en droit du travail, comme dérégulation d'un côté et soumission de celui-ci aux logiques communes du droit privé de l'autre.

Fidèle à son format originel, ce cinquième numéro de la revue comprend aussi une rubrique intitulée « libres propos », dans laquelle sont abordés des thèmes au choix des auteurs. Vous pourrez lire K. Zarina sur les pouvoirs de supervision de l'ESMA, P. Blajan sur la loi applicable au divorce international, J. Gaye sur les questions préalables en droit pénal international, M. Afroukh sur la liberté de conscience ou encore F. Seatzu sur le cadre juridique relatif aux « cyber-ingérences » en matière électorale.

Au sein de ce numéro, vous trouverez enfin une rubrique relative aux recherches menées au sein de l'école doctorale. Au sein de cette dernière sont présentés les résumés de plusieurs thèses ayant, du fait de leur excellence académique et de la profondeur de leurs analyses, été particulièrement remarquées.

Nous avons enfin le grand plaisir d'annoncer l'arrivée de Carla Albanese, Myriam Dahhan, Lucas de Oliveira, Morgan de Walsche, Juliette Fauvarque, Laura Prat et Matthieu Tournigand, qui rejoignent l'équipe éditoriale. Nous leur souhaitons nos meilleurs vœux dans cette aventure !

Bonne lecture à tous !

Matthieu Bessouet

Yann Legrand

Au nom de l'ensemble de l'équipe éditoriale

Le dossier thématique : La privatisation

Special Feature: Privatisation

La privatisation de la justice. Perspectives françaises

Maximin de Fontmichel,

Professeur de droit privé, Université Paris-Saclay

La privatisation de la justice n'est pas un phénomène nouveau mais il arbore aujourd'hui des formes tellement atypiques et originales qu'il mérite qu'on s'y intéresse. La justice est certes la première dette de l'État¹, il n'en demeure pas moins que celui-ci n'hésite pas à déléguer au secteur privé des pans entiers de la justice, aussi bien dans son accès, qu'au niveau de l'instance ou son prononcé.

La réalité des mécanismes de privatisation de la justice apparaît en singulier décalage avec la vision traditionnelle du procès qui, au sein de la population civile, est encore perçue comme étant entre les mains des magistrats, des auxiliaires de justice et des services de l'État. D'autant que ce processus de délégation de cette mission fondamentale du gouvernement vers les entités privées se fait parfois dans l'ombre, sans conscience ou assentiment de la société civile. Pourtant, dès 1900, Maurice Hauriou s'exclamait que « ce qui est grave c'est d'incorporer à l'administration de l'État des entreprises qui ne sont pas d'intérêt public »². Ce mouvement d'allègement de l'État constaté place parfois dans l'embarras quant à la compréhension de Hobbes ou du contrat social de Rousseau où la souveraineté est présentée comme absolue, infaillible, indivisible et inaliénable³. La privatisation de la justice conduit ainsi à une première réflexion de l'ordre de la philosophie politique. D'une conception « unitaire » de la souveraineté prônée par Hobbes, Montesquieu ou Rousseau, on rentre dans le XXI^e siècle dans une souveraineté « partagée » avec les entités privées qui prennent le relai d'un État qui ne peut plus assurer seul les missions régaliennes qui lui ont été confiées. L'exploration et le décryptage de la privatisation de la justice nourrissent un mouvement théorique qu'Habermas avait mis en lumière dans le dépassement de l'État-Nation⁴. Un tel dépassement se réalise par un mouvement vertical soit par le haut où l'État se dépossède de ses pouvoirs au profit d'organisations supranationales⁵, soit par le bas par une externalisation de ses pouvoirs à des entités privées. La privatisation de la justice nourrit cette « verticalité basse » de délégation de souveraineté.

On avance souvent le fait qu'en France le phénomène reste limité comparé à d'autres États comme le Royaume-Uni, les États-Unis ou l'Australie, ce qui s'expliquerait notamment par un degré plus avancé d'adhésion de ces États au modèle néolibéral et à l'idéologie du marché⁶. Pourtant, la multiplicité des formes de privatisation observée,

¹ Discours préliminaire sur le projet de Code civil, 1^{er} pluviôse an IX, in *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Titre préliminaire, De la publication, des effets et de l'application des lois en général, présentation au corps législatif, exposé des motifs par le conseiller d'État Portalis, 23 frimaire an X - 14 décembre 1801, t. VI, p. 268 à 270.

² M. HAURIOU, *Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'État et du Tribunal des conflits*, 1929, Paris, la mémoire du droit, coll. « Références », 2000, p. 413.

³ J. -J. CHEVALIER, Y. GUCHET, *Les grandes œuvres politiques – de Machiavel à nos jours*, 4^e ed. 2001, spéc. p. 115 et s.

⁴ J. HABERMAS, *Après l'État-nation – Une nouvelle constellation politique*, Fayard, 2000.

⁵ B. OPPETIT, « Droit étatique et droit pluraliste. L'omnipotence technocratique et eurocratique », in *droit et modernité*, PUF, 1998, p. 31 et s. ; J. Habermas, *Après l'État-nation*, préc.

⁶ G. MENZ, « The neoliberalized state and the growth of the migration industry », in T. GAMMELTOFT-HANSEN, N. NYBERG-SØRENSEN (ed.), ouvrage préc., p. 107 et s. ; I. SHPAIZMAN, « The influence of neoliberal ideas and political conflict on the privatization process of immigrant policy : A comparison of Israel, Canada and the Netherlands », Conference Paper, APPAM, *Migration: A World in Motion*, Maastricht, Feb. 2010.

désormais à tous les stades du règlement des différends, conduit à une autre conclusion. C'est une réalité aujourd'hui avec laquelle il faut composer, une réalité de plus en plus prégnante en France.

Cette réalité a acquis une résonance particulière depuis que les *legaltech* ont pu, par l'entremise du législateur ou par des victoires obtenues devant les prétoires, se frayer un chemin dans le paysage juridique français. À tel point qu'aujourd'hui les acteurs privés peuvent tantôt compléter l'œuvre étatique de justice, tantôt s'y substituer.

Ce transfert progressif du public vers le privé est au cœur même de la notion de privatisation qui se situe au confluent de nombreuses disciplines : économie, sciences politiques, sciences juridiques. Elle peut être entendue très largement comme tout glissement du public vers le privé⁷. Plus étroitement, la privatisation épouse deux approches distinctes⁸. La première, « l'État vers le privé », consiste en un transfert graduel des compétences de l'État vers le secteur privé. Comme le précisent Michel Degoffe et Frédéric Rouvillois, l'État après s'être gonflé, pour de bonnes ou de moins bonnes raisons au cours du XX^e siècle, jusqu'à pouvoir être qualifié d'État providence, revient à une approche plus modeste de son rôle dominé par l'idée qu'il doit se recentrer sur son cœur de mission. Cette idée avait été développée par Jean-Pierre Raffarin en 2002, alors Premier Ministre, avec le principe de subsidiarité, principe qu'il entendait faire inscrire dans la Constitution. Ainsi ce phénomène d'« externalisation » n'est pas nouveau, la volonté étant que l'État se concentre sur ses missions principales, à savoir ses missions régaliennes. Sur ce dernier point, nos recherches tentent de mettre en lumière un aspect surprenant. Par l'utilisation croissante de mécanismes contractuels, financiers et procéduraux nouveaux, l'externalisation porte de plus en plus sur des pouvoirs régaliens et touche parfois le cœur de sa mission remettant en cause ce postulat que l'État conserve la maîtrise de sa souveraineté sur ses missions essentielles.

La seconde approche de la privatisation consiste à assimiler le fonctionnement de l'État à celle d'une entreprise privée, autrement dit, à soumettre l'État à des méthodes et des principes initialement conçus par et pour des personnes privées. Cette tendance pose différentes questions, par exemple, celle de l'évaluation dans l'enseignement supérieur, qui nous concerne au premier chef. Mais elle pose également des questions en matière de justice où les juridictions se tournent désormais vers des pratiques connues du privé : fusion-absorption des tribunaux de grande instance et d'instance⁹, concentration de certains tribunaux et certaines cours en fonction des matières traitées. L'objectif poursuivi est de pouvoir ainsi optimiser les ressources du service public de la justice¹⁰.

Les enjeux liés à la privatisation de la justice sont nombreux. Ils conduisent d'abord à s'interroger sur le phénomène de contractualisation du règlement du différend. La contractualisation de la justice n'est pas synonyme de privatisation. En effet, la place faite à l'autonomie de la volonté s'accroît au sein même de la justice publique. On

⁷ Le Robert, Dictionnaire de la langue française, dir. A. REY, 1995.

⁸ *La privatisation de l'État*, sous la dir. M. DEGOFFE, F. ROUVILLOIS, CNRS éditions, 2012 p. 6 et s.

⁹ N. MOLFESSIS, F. AGOSTINI, *Chantiers de la Justice*, 2018. Cette fusion était déjà envisagée dans un rapport de 1997 dit « Carsola », cité par S. GUINCHARD, « T'es TGI/TI/TAE ou t'es TPI », in *Réformer la justice civile, séminaire de droit processuel*, préc. spéc. p. 32.

¹⁰ Pour une critique de cette logique managériale : J.-B. JACQUIN, « Réforme de la justice : des magistrats critiquent la méthode Belloubet », *Le Monde*, 14 février 2018. Comp. : E. JEULAND, « Réforme de la justice, pauvre principe de coopération », in *Réformer la justice civile, séminaire de droit processuel*, C. CHAINAIS, X. LAGARDE (dir.), *JCP G* suppl. n°13, 26 mars 2018.

l'observe ainsi au sein de la justice pénale avec la médiation pénale pour les infractions de faible gravité¹¹ ou avec les conventions judiciaires d'intérêt public permettant au procureur de la République de conclure un accord avec une personne morale mise en cause pour des faits de corruption, trafic d'influence, fraude fiscale, blanchiment de fraude fiscale et toute infraction connexe¹². On l'observe au sein de la justice administrative avec le recours aux transactions et à la médiation au sein de l'ordre administratif¹³. On l'observe enfin dans le cadre de la justice civile et commerciale par le recours à la conciliation ou la médiation judiciaire, la procédure participative de mise en état privée ou l'élaboration de calendriers de procédure¹⁴. Néanmoins, parfois la contractualisation est au cœur de la privatisation. C'est le cas lorsque les parties décident par le jeu de conventions d'arbitrage ou de médiations conventionnelles de contourner le système étatique et de lui substituer une justice entièrement privée.

L'implication des acteurs privés dans la justice conduit également à un renforcement du mouvement de la dématérialisation de la justice. En effet, de nombreuses *legaltech* proposent une offre de justice entièrement dématérialisée qui écarte toute présence physique du juge, du facilitateur de décision ou du justiciable. Si la justice civile paraît l'accepter, on ne peut pas en dire autant de la justice pénale qui préconise le principe de présence. Le Conseil constitutionnel a ainsi censuré une disposition de l'ordonnance n° 2020-303 du 25 mars 2020 généralisant le recours à la visioconférence en matière correctionnelle¹⁵.

La privatisation de la justice conduit également à s'interroger à la durée des procédures et à la manière d'appliquer la règle de droit pour trancher le litige. En particulier, les plateformes extrajudiciaires de règlement des litiges en ligne modifient-elles l'application des règles ? Si l'application du droit poursuit comme objectif la protection des parties faibles¹⁶ alors les plateformes qui répondent à des logiques de probabilités défendent-elles correctement ces parties ? L'instantanéité promue par certaines plateformes n'est-elle pas en contradiction avec le temps long de l'application de la règle de droit ? L'équité et le sur-mesure irréductibles à chaque affaire disparaissent-ils avec l'assistance algorithmique ?

Enfin, la privatisation de la justice conduit à repenser l'idée même de la perception que l'on peut avoir de cette mission régaliennne qui serait imperméable à toute logique de marché. Le fait de confier à des sociétés commerciales ou des associations privées se rémunérant pour pouvoir apporter une solution de justice pose dès lors des questions fondamentales : qu'est-ce que la justice du XXI^e siècle ? La justice doit-elle être un

¹¹ Art. 39 à 44 du Code de procédure pénale.

¹² La loi du 9 décembre 2016, dite Loi Sapin 2.

¹³ V. généralement sur cette question : L. VIAUT, « Droit administratif et modes alternatifs de règlement des conflits », *Lextenso Ad. Jur.*, 29 juill. 2022.

¹⁴ L. CADIET, « Les clauses contractuelles relatives à l'action en justice », in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*. Avant-propos de J. Mestre. Colloque de l'Institut de droit des affaires d'Aix-en-Provence, 17-18 mai 1990, PUAM, Faculté de droit et de science politique, 1990, p. 193 ; *Découvrir la justice*. Dalloz, 1997, spéc. p. 65-68 ; « Les accords de la juridiction dans le procès », in P. ANCEL ET M.-CL. RIVIER (dir.), *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*. Economica, coll. Études juridiques, colloque Saint-Étienne, 11-12 déc. 1998, 2001, p. 34 ; « Les jeux du contrat et du procès : esquisse », in *Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue ? Mélanges Gérard Farjat*, 1999, p. 23.

¹⁵ Décision 25 janv. 2021 n°2020-872 QPC.

¹⁶ L. JOSSERAND, « La protection des faibles par le droit », in *Évolutions et actualités, conférences de droit civil*, Sirey, 1936.

service qui se paie ? Quels sont les différents marchés qui composent le monde de la justice ?

En acceptant le postulat que la justice est avant tout une mission régalienne, la privatisation est un phénomène qui vient modifier la vision traditionnelle de la justice en tant que service public. Les mutations s'observent à deux niveaux. Tantôt, il apparaît que les opérateurs privés assistent le service public de la justice pour faciliter son accès, son fonctionnement et le prononcé des décisions. Tantôt, il apparaît que les opérateurs privés se substituent à la justice étatique en permettant une privatisation de services entiers de la justice. En d'autres termes, les acteurs privés collaborent au service public de la justice (I) ou se substituent au service public de la justice (II).

I. Une collaboration à la justice étatique

La privatisation va permettre d'assister le justiciable ou l'ordre judiciaire à différents niveaux : pour demander justice (A), pour faire fonctionner le système judiciaire (B) et pour aider à la prise de décision (C).

A. Pour demander justice

Depuis le tournant des années 2000 les *legaletech* se sont fondues dans le paysage juridique français au point d'en devenir des acteurs incontournables. Par le biais notamment de plateformes et d'applications en ligne, elles favorisent le déclenchement de l'action en justice.

Cette offre conduit parfois à une confrontation frontale avec les acteurs du service public de la justice. La plus emblématique d'entre elles est peut-être le contentieux qui a opposé *demandjustice.com* au Conseil National des Barreaux (CNB). Ce combat judiciaire épique qui s'est déroulé tant devant le circuit correctionnel que civil¹⁷ a mis en lumière la crainte que peut susciter l'apparition d'acteurs privés chez les acteurs traditionnels de la justice. Revenons brièvement sur cette affaire retentissante.

À l'origine de cette affaire, le Conseil national des barreaux (CNB) et le Conseil de l'ordre des avocats de Paris assignent la société *Demandjustice.com* devant le tribunal judiciaire de Paris (ex TGI), aux fins d'obtenir sa condamnation sous astreinte à cesser toute activité d'assistance et de représentation en justice, de consultation juridique et de rédaction d'actes sous seing privé, ainsi que l'exploitation des sites Internet litigieux, en invoquant notamment l'existence d'une pratique commerciale trompeuse et une violation du monopôle d'exercice de la profession d'avocat. La société *demandjustice.com* va obtenir un succès retentissant tant devant les juges du fond que devant la Cour de cassation, en particulier sur deux points :

Concernant l'assistance juridique, que seul un avocat peut apporter à son client, les juridictions du fond soulignent qu'elle se manifeste essentiellement par ce qu'il est convenu d'appeler une prestation intellectuelle syllogistique consistant à analyser la situation de fait personnelle au justiciable pour y appliquer ensuite la règle de droit abstraite correspondante. Or pour les juges, *demandjustice.com* n'opère pas une telle mission. Elle se contente de mettre à la disposition des utilisateurs un logiciel leur permettant de choisir, parmi un certain nombre de thèmes, celui qui les préoccupe pour envoyer à l'adversaire, selon le modèle proposé, une lettre de mise en demeure qui lui

¹⁷ Trib. Corr., 13 mars 2014 ; TGI de Paris, 11 janv. 2017 ; CA Paris, 6 nov. 2018 n°17/04957 ; Cass. civ. 1^{ère}, 28 sept. 2020, n°19-12894.

sera expédiée, avec la possibilité, en cas d'absence de réponse, d'adresser une déclaration de saisine de la juridiction compétente. C'est donc l'utilisateur qui fait seul ce travail en choisissant parmi les modèles proposés et classés celui qui convient à son cas, un peu comme le faisaient auparavant les utilisateurs de recueils de modèles de lettres prévues dans un grand nombre de situations classiques de conflits. Le site *demandjustice.com* effectue ainsi des prestations matérielles de mise à disposition d'une bibliothèque documentaire et d'envoi de déclaration et non une assistance juridique au sens intellectuel du terme.

Concernant le grief de représentation juridique, les tribunaux français déboutent aussi les organes représentatifs des avocats en énonçant que le justiciable ne donne pas mandat à la société *demandjustice.com* de le représenter devant la juridiction saisie. Pour les juges, cette société se borne à faire envoyer par un prestataire une impression papier de la déclaration de saisine, signée électroniquement au préalable par le requérant, accompagnée des justificatifs de l'authentification de celle-ci. C'est un contrat d'entreprise en vertu duquel la société effectue une prestation de service qui n'implique aucune tâche de représentation en justice qui lui serait interdite comme réservée aux avocats.

C'est ainsi que désormais des sociétés commerciales ont gagné le droit d'assister les justiciables dans leur déclenchement de l'action en justice en effectuant des actes matériels.

Parfois, la privatisation offre également des ressources aux auxiliaires de justice qui peuvent voir leur office croître grâce aux opérateurs privés. C'est le cas de la société *Call a Lawyer* en France, application mobile de mise en relation instantanée avec des avocats. À l'origine, pour 20 euros vous bénéficiez de 20 minutes de speed dating avec un avocat, libre ensuite au consommateur de ce produit juridique de donner mandat *ad litem* à l'avocat. Désormais, le prix est de 36 euros HT. Sur cette somme, l'entreprise *Call a Lawyer* récupère la totalité des 36 euros. En revanche, si l'avocat conserve le client après l'entretien téléphonique, la totalité des honoraires lui revient. Le réseau a tissé une toile de 1500 avocats couvrant 90% du territoire français en 2021.

Que faut-il penser de ces nouveaux acteurs en termes d'accessibilité à la justice ? D'un côté, on peut y voir des vertus. En proposant aux justiciables-internautes des modèles et des actes à rédiger soi-même sans recourir aux juristes traditionnels, en offrant une assistance juridique pour accompagner les personnes dans une action contentieuse, en mettant en relation des utilisateurs avec des professionnels du droit de manière digitalisée ou informelle, ces *legaltech* assurent un accès plus direct et démystifié au palais de justice. Les réticences psychologiques chez un justiciable lorsqu'il s'agit de solliciter un avocat ou de se rendre au palais de justice pour porter une action, sont ainsi diminuées voire effacées.

De l'autre côté, on peut y voir un côté subversif. Derrière ces plateformes se profilent des fonds d'investissement sur lesquels elles sont adossées. L'action en justice s'analyse alors comme un vecteur de profit potentiel et de marché concurrentiel. Le volume croissant d'utilisateurs est recherché pour poursuivre des objectifs de rentabilité, avec le spectre d'un encouragement d'une société contentieuse. Se pose alors une question : la recherche de profit est-elle antinomique avec un meilleur accès à la justice ? Le recul n'est pas encore suffisant pour apporter une réponse claire. En revanche, il est évident que la privatisation dans l'accès à la justice provoque un bouleversement parmi les

acteurs traditionnels du droit. Elle provoque aussi un changement de paradigme dans lequel la justice n'est plus décorrélée de l'idée de profit.

B. *Pour faire fonctionner la justice*

Ce n'est plus un secret pour personne que la justice est en souffrance. C'est l'un des parents pauvres du budget de l'État français et les Gardes des Sceaux qui se succèdent place Vendôme ainsi que les acteurs de l'ordre judiciaire n'hésitent pas à parler de paupérisation et de délabrement du fonctionnement de la justice¹⁸. Afin de remédier à cette situation, la privatisation se présente comme un moyen d'obtenir une meilleure efficacité économique. L'ordre judiciaire est ainsi gagné par une culture de la rationalisation et de l'externalisation des coûts comme n'importe quelle autre entreprise¹⁹.

La logique du marché et les modes de gestion privés seraient considérés comme des facteurs de nature à permettre la fourniture de services comparables, voire de meilleure qualité, à un moindre coût pour l'État. Par conséquent, l'État n'hésite pas à privatiser les services « supports » de ses tribunaux. Le rapport de 2020 de la Commission européenne pour l'efficacité de la justice (CEPEJ) révèle ainsi que 87 % des États et entités ont externalisé au moins un service. Ce pourcentage n'a cessé d'augmenter depuis 2016 (79%). La France, à l'instar de la majorité des pays européens, externalise ainsi les services de nettoyage, de sécurité, d'archivage et de maintenance informatique. Seuls cinq pays ne délèguent aucun service au secteur privé : Andorre, Belgique, Chypre, Monaco et la Macédoine du Nord²⁰. Ces missions supports n'étant pas juridictionnelles, leur externalisation à des acteurs privés ne fait l'objet que de très peu d'attention et emporte l'adhésion. Pourtant, il existe des enjeux de sécurité et de confidentialité évidents sur lesquels il faut réfléchir, décuplés aujourd'hui avec l'ampleur de la digitalisation des procédures.

Cette logique de rationalisation et de performance héritée du secteur privé s'observe aussi dans la structure des tribunaux de l'organisation judiciaire. En suivant une pratique de fusion-absorption, connue du privé, les tribunaux de grande instance et d'instance²¹ ont disparu au profit du tribunal judiciaire pour pouvoir ainsi optimiser les ressources du service public de la justice²².

Elle s'observe plus en avant dans une nouvelle forme de management des magistrats qui, poursuivant des impératifs de rapidité et de traitement quantitatifs, vivent désormais entourés de contrats d'objectifs, de ratios et de gestion des stocks. On a

¹⁸ V. dernièrement l'appel de détresse des magistrats et greffiers, disponible à : https://www.lemonde.fr/idees/article/2021/11/23/l-appel-de-3-000-magistrats-et-d-une-centaine-de-greffiers-nous-ne-voulons-plus-d-une-justice-qui-n-ecoute-pas-et-qui-chronometre-tout_6103309_3232.html

¹⁹ Déjà sur cette idée : Y. BENHAMOU, « Vers une inexorable privatisation de la justice ? », *D.* 2003 p. 2271.

²⁰ Disponible à : <https://rm.coe.int/cepej-rapport-2020-22-f-web/1680a86278>

²¹ Loi du 23 mars 2019 n°2019-222 ; N. MOLFESSIS, F. AGOSTINI, *Chantiers de la Justice*, 2018. Cette fusion était déjà envisagée dans un rapport de 1997 dit « Carsola », cité par S. GUINCHARD, « T'es TGI/TI/TAE ou t'es TPI », in *Réformer la justice civile, séminaire de droit processuel*, préc. spéc. p. 32.

²² Pour une critique de cette logique managériale : J.-B. JACQUIN, « Réforme de la justice : des magistrats critiquent la méthode Belloubet », *Le Monde*, 14 février 2018 ». Comp. : E. JEULAND, « Réforme de la justice, pauvre principe de coopération », in *Réformer la justice civile, séminaire de droit processuel*, C. CHAINAIS, X. LAGARDE (dir.), *JCP G* suppl. n°13, 26 mars 2018.

même vu l'introduction des primes de rendement pour les magistrats afin d'inciter à un traitement rapide et quantitatif des dossiers²³.

Si cette privatisation dans le fonctionnement de la justice concourt à son efficacité, elle n'est pas neutre et opère une mutation importante des structures ainsi que des mentalités. Cette mutation opérée par le phénomène de privatisation s'observe également dans la prise de décision.

C. Pour aider à la prise de décision

La justice fait également partie des conquêtes de l'intelligence artificielle. C'est ainsi que sous la qualification maladroite de « justice prédictive », on désigne des instruments d'analyse de jurisprudence et d'écritures de parties qui permettront – n'ont pas de prédire la solution à venir des juges – mais de la baliser en termes de probabilité par rapport à des litiges passés similaires²⁴. La *legaltech Case Law Analytics* a été le premier acteur en France à proposer une solution de modélisation du processus de décision judiciaire. Grâce à une technologie basée sur le *machine learning* de l'intelligence artificielle, il est ainsi possible d'anticiper l'éventail des issues possibles d'un dossier contentieux présenté devant une juridiction ciblée. Son association récente avec l'éditeur juridique historique Dalloz accroît sa légitimité et permet à de nombreux utilisateurs de découvrir cet acteur autrefois confidentiel²⁵. D'autres *legaltech* comme *Doctrine.fr* ou *Jus Mundi* utilisent aussi des algorithmes prédictifs fondés sur l'ouverture progressive, gratuite et massive en France et à l'étranger des bases de jurisprudence.

Ces acteurs privés offrent une meilleure visibilité sur la solution contentieuse future. Ce faisant, ils permettent indéniablement une accélération du règlement du litige, soit en favorisant un règlement amiable du litige à partir des projections possibles permettant aux parties de trouver une solution adaptée à leurs besoins, soit en offrant au juge une connaissance rapide et sûre des décisions de justice prises dans un contexte similaire au sein de la juridiction permettant une harmonisation et un prononcé rapide de la décision.

Bien sûr ces bienfaits de la justice prédictive ne pourront intervenir qu'à la condition que la technologie soit accessible à tous, et notamment aux juges. Car on perçoit rapidement un premier risque relatif à cette technologie : celui de la rupture d'égalité entre la partie qui posséderait une telle technologie et celle qui ne la posséderait pas ou encore entre les parties qui la détiendraient et les tribunaux judiciaires qui ne seraient pas en mesure de se l'offrir. Les auteurs pointent d'autres risques, en particulier le biais éventuel des algorithmes ou la perte de créativité et de liberté des juges qui se rangeraient derrière la tendance majoritaire à des fins de sécuriser leur décision, de la faire échapper à toute critique. Les juges conserveront-ils cette liberté à l'heure d'examiner chaque affaire ou préféreront-ils sécuriser l'efficacité de leur décision ? L'intervention humaine sera-t-elle en mesure de déchiffrer un éventuel biais de

²³ E. CHELLE, « Une politique de récompense dans la magistrature. Le cas des primes de rendement des magistrats de cours d'appel et de cassation », in *Droit et Société*, LGDJ, 2011, p. 407.

²⁴ V. généralement sur cette question : A. GARAPON, J. LASSEGUE, *Justice digitale. Révolution graphique et rupture anthropologique*, PUF, 2018 ; Varii autori, *La justice prédictive*, Dalloz coll. Actes et commentaires, 2018 ; B. DONDERO, « Justice prédictive : la fin de l'aléa judiciaire ? », *D.* 2017, p. 532 ; A. GARAPON, « Les enjeux de la justice prédictive », *JCP* 2017. 31 ; F. ROUVIERE, « La justice prédictive, version moderne de la boule de cristal », *RTD civ.*, 2017, p. 527.

²⁵ <https://www.village-justice.com/articles/dalloz-case-law-analytics-unissent-leurs-forces-pour-proposer-aux-avocats-une,35779.html>

l'algorithme ? On perçoit le futur paradoxe de l'intelligence artificielle dans le processus décisionnel : si l'utilisation de cette technologie révolutionne la manière de juger, elle sera peut-être en même temps facteur d'un grand conservatisme dans la prise de décision.

Ces risques ne doivent pas occulter l'aide que peuvent apporter ces nouveaux outils venus des sphères privées dans le prononcé de la justice étatique. Mais encore une fois, ils véhiculent avec eux des bouleversements importants, cette fois-ci au stade de la prise de décision. Comme le souligne Antoine Garapon, rentrer dans un dossier par des mots-clés et non par le récit, changera radicalement la manière de juger²⁶.

La montée en puissance des acteurs privés qui concourent à l'efficacité et la transformation de la justice étatique s'accompagne également d'une montée en puissance d'acteurs privés qui viennent se substituer totalement au service public de la justice. La privatisation ne joue pas alors dans son acception d'intégrer du privé ou des logiques privées dans le service public de la justice mais participe à un transfert progressif de compétence du public vers le privé qui conduit à un contournement total des missions régaliennes de l'État en termes de justice.

II. Une substitution à la justice étatique

Les mécanismes de privatisation de la justice, classiques ou innovants, revêtent aujourd'hui une importance telle qu'ils sont en mesure de créer une privatisation totale tant du financement de la justice (A) que du règlement du différend dans sa globalité (B).

A. *A. La privatisation du financement de l'accès à la justice*

Traditionnellement, le financement de l'accès à la justice avant naissance de tout litige n'était pas évoqué. En effet, les parties qui se savaient impécunieuses ou qui présentaient des difficultés financières à venir comptaient sur les dispositifs d'aide légale, qui participent des principes généraux de la justice française. En effet, en vertu de l'article L. 111-1 du Code de l'organisation judiciaire, premier article du code, dispose que « les juridictions judiciaires rendent leurs décisions au nom du peuple français », le deuxième, l'article L. 111-2, énonce, que « le service public de la justice concourt à l'accès au droit et assure un égal accès à la justice » et que « sa gratuité est assurée selon les modalités fixées par la loi et le règlement ».

Néanmoins, les coûts croissants des procès pour le justiciable et le déclin de l'aide juridictionnelle conduisent à une privatisation du financement de l'accès à la justice contracté avant tout litige.

La figure majeure en est fournie par l'assurance de protection juridique, qui est un type d'assurance autonome, et les garanties défense-recours, qui ne jouent qu'accessoirement à un autre type d'assurance, notamment les assurances de responsabilité. Ainsi, l'article 127-1 du Code des assurances définit l'assurance protection juridique comme « [...] toute opération consistant, moyennant le paiement d'une prime ou d'une cotisation préalablement convenue, à prendre en charge des frais de procédure ou à fournir des services découlant de la couverture d'assurance, en cas de différend ou de litige opposant l'assuré à un tiers, en vue notamment de défendre ou représenter en demande

²⁶ A. GARAPON, « L'évolution de la figure du juge civil » in *Repenser l'accès au juge civil*, dir. A.-V. Le Fur et M. de Fontmichel, Cour d'appel de Versailles, 22 nov. 2019.

l'assuré dans une procédure civile, pénale, administrative ou autre ou contre une réclamation dont il est l'objet ou d'obtenir réparation à l'amiable du dommage subi ». Le Code des assurances admet ainsi, par la généralité de ses termes, la possibilité pour les assureurs d'offrir une assurance de protection juridique couvrant les frais de procédures tant judiciaires qu'extrajudiciaires de règlement des litiges.

Ces techniques assurantielles sont une source opportune de financement collectif complémentaire mais elles reflètent indéniablement une privatisation d'une des missions premières de l'État en ce qu'elles se substituent désormais à l'aide juridictionnelle²⁷. Ce qui frappe en effet c'est que cette dernière ne sera plus accordée lorsque les frais qu'elle est destinée à couvrir seront « pris en charge au titre d'un contrat d'assurance de protection juridique ou d'un système de protection »²⁸. Dès lors, il apparaît que la solidarité des citoyens laisse place à une solidarité des assurés d'origine privée²⁹.

Aux côtés des mécanismes assurantiels, il existe un autre type de financement privé de l'action en justice qui symbolise à lui seul les logiques de privatisation, de marché et de spéculation qui peuvent cohabiter dans le monde de la justice : le tiers financement. Le procès est ainsi devenu un actif comme un autre. Il devient un objet de spéculation.

Exposé simplement, le tiers financement ou, selon la terminologie retenue dans le monde anglo-américain : « *Third Party Funding* », est un mécanisme contractuel autorisant une partie à un contentieux juridictionnel (le financé) à faire financer tous les coûts relatifs à la procédure par une personne tierce au litige (le financeur) en échange de quoi ce dernier récupèrera, en cas de victoire de la partie financée, un montant des sommes recouvrées découlant de l'exécution de la décision de justice ou de tout autre accord transactionnel mettant fin au litige. La somme récupérée à l'issue du procès par le financeur peut varier en fonction des risques courus par le financeur. Les modalités du mécanisme de financement ainsi que les obligations réciproques du financeur et du financé sont prévues dans un contrat que l'on a coutume de qualifier en France de « contrat de financement » ou « contrat de financement de procès ».

La licéité du contrat de financement a été consacrée implicitement en droit français. En 2006, les premiers juges du fond à connaître de ce contrat atypique n'ont pas remis en cause sa validité et l'ont qualifié de contrat « *sui generis* » en précisant qu'il était « inconnu des États membres de l'Union européenne à l'exception des pays de culture juridique germanique »³⁰.

Plus récemment, devant la Cour d'appel de Paris, la validité d'un accord de financement par un tiers n'a pas porté à discussion, le débat portant principalement sur la qualité de partie du tiers financeur et la compétence du tribunal arbitral³¹. Quant à la Cour de cassation, elle n'a eu à connaître à ce jour qu'une seule fois d'un contentieux mettant en cause le financement d'un tiers³². Dans le cadre d'un contentieux judiciaire avec un

²⁷ V. en ce sens, CH. JAMIN, « La réforme de l'assurance de la protection juridique, l'aide juridictionnelle des classes moyennes et des petites entreprises », *D.* 2007, p. 565.

²⁸ La loi n° 2007-210 du 19 février 2007 portant réforme de l'assurance protection juridique.

²⁹ L. CADJET, « L'accès à la justice – Réflexions sur la justice à l'épreuve des mutations contemporaines de l'accès à la justice », *D.* 2017, p. 522.

³⁰ Versailles, 12^{ème} Ch. Sect. 2, 1^{er} juin 2006, n° 05/01038, *Sté Veolia Propreté c/ Fortis AG*.

³¹ Paris, 25 janvier 2022, RG 20/12332, *Nguassa c. AMT*.

³² Cass. Civ. 1^{ère}, 23 nov. 2011, n° 10-16770.

financement opéré au bénéfice d'une personne physique non professionnelle, la Cour de cassation, sans remettre en cause la licéité du contrat de financement, décide de lui appliquer le mécanisme de réduction de la rémunération convenue.

Par conséquent, ni les juges du fond ni les juges de la Haute Cour ne se sont fait l'écho des arguments pouvant faire échec à leur validité en droit français, un temps envisagé par la doctrine, en particulier au regard de la règle « nul ne plaide par procureur », de l'interdiction du pacte *de quota litis* ou encore de la violation d'un ordre public processuel en raison de la spéculation sur l'issue du litige. En définitive, il apparaît que la licéité du mécanisme du tiers financement ne pose aucune difficulté tant dans le contentieux impliquant des professionnels que dans le contentieux civil mettant aux prises des particuliers. La jurisprudence n'ayant jamais qualifié précisément ce contrat innommé, il est possible d'y voir à nos yeux un contrat composite associant diverses obligations susceptibles de relever de contrats spéciaux typiques : entreprise, mandat, cession, contrat aléatoire³³. Conformément au principe de liberté contractuelle, exprimé à l'article 1102 du Code civil, les parties sont libres de concevoir un régime contractuel cohérent et unitaire à partir des régimes fractionnés des divers contrats spéciaux connus.

Bien que participant à une privatisation forte du financement de la justice, opérant comme une aide juridictionnelle aux entreprises qui n'est pas disponible, le marché du tiers financement en France est très ciblé : il ne s'observe que dans le circuit extrajudiciaire et plus spécifiquement dans le monde de l'arbitrage, aussi bien commercial que d'investissement. En effet, à la différence d'autres pays limitrophes, tout le pan judiciaire du contentieux en France est en dehors de l'activité du financement par les tiers, et cela pour différentes raisons : la longueur des procédures judiciaires ; le faible coût des actions devant les tribunaux étatiques ; l'efficacité moindre des jugements étatiques dans le contexte transfrontière ou encore l'interdiction d'accorder des dommages et intérêts punitifs. Même l'apparition en 2014 de l'action de groupe en France n'a pas suscité l'intérêt des acteurs du tiers financement alors même qu'il s'agit pour eux d'une terre de prédilection du financement outre-Atlantique.

En revanche, le contentieux arbitral dans toutes ses composantes : interne et international, commercial et d'investissement, canalise l'ensemble des financements par les tiers sur le sol français. Plusieurs facteurs expliquent ce phénomène : la forte croissance du recours à l'arbitrage institutionnel, en particulier dans le contexte international ; le niveau des sommes en jeu dans ce type de procédure et donc pour le financeur d'éventuels profits importants ; la prévisibilité plus forte des délais de reddition de la décision de justice ou encore le souhait de certains opérateurs économiques d'externaliser leur risque contentieux ou d'équilibrer leur rapport de force procédural, voilà autant d'arguments qui concourent à l'essor des contrats de financement de procès dans le domaine du droit de l'arbitrage.

Néanmoins, il faut se garder d'y voir un financement accessible à tous, et ce, même dans le monde de l'arbitrage. Il est très rare voire illusoire que les tiers financeurs s'intéressent aux contentieux arbitraux dont les sommes en jeu sont inférieures à plusieurs millions d'euros.

Le financement de la procédure par opérateurs privés venus du monde de l'assurance ou de la finance permet de renouveler l'analyse sur la privatisation de la mission

³³ Rapport « Tiers financement », Club des juristes 2014.

régaliennne de justice. En particulier avec l'assurance, c'est une aide juridictionnelle qui s'efface au profit du justiciable assuré. Mais l'effacement du service public de la justice ne s'arrête pas au stade du financement. Le règlement du différend dans son entièreté peut être attribué à la justice privée, se substituant ainsi totalement à la justice publique.

B. *La privatisation du règlement du litige*

Deux voies principales de contournement du circuit étatique dans le règlement d'un différend s'imposent aujourd'hui. La première correspond aux modes extrajudiciaires de règlements des différends, qu'ils soient amiables ou arbitraux. La seconde s'est ouverte par le biais de l'émergence et la promotion des plateformes en ligne de règlement des litiges.

Depuis l'avènement des États, les modes extrajudiciaires de règlement des litiges ont toujours cohabité avec la justice étatique. Ils reposent sur la volonté de certains justiciables de voir leurs litiges administrés différemment. La substitution de la justice étatique par une justice privée s'opère dans des domaines déterminés par le simple recours à des conventions, avant ou après naissance du litige. Il est désormais habituel d'avoir recours aux clauses de « conciliation », de « médiation » « d'arbitrage », de « procédure participative » ou encore à des accords sur la mise en place de « Dispute Board ». On utilise donc une kyrielle de qualificatifs mais en fin de compte le but est le même : celui d'une justice administrée différemment et parfois en dehors des tribunaux étatiques.

Cela fait déjà un certain temps que le législateur, *lato sensu*, a décidé de favoriser la résolution alternative des litiges en dehors de la justice étatique³⁴. Ces dernières années, ce processus s'est considérablement accéléré. Sans revenir aux décrets de janvier 2011 et de janvier 2012 qui ont modifié le régime de l'arbitrage³⁵ et de la médiation³⁶, ni à l'introduction en 2011 de la convention de procédure participative dans les Codes civil et de procédure civile³⁷, le phénomène apparaît de plus en plus puissant. On peut ainsi citer la loi n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, dite « Macron » qui étend considérablement les possibilités de règlement conventionnel des litiges en matière prud'homale. De même, l'ordonnance n° 2015-1033 du 20 août 2015 et le décret n° 2015-1382 du 30 octobre 2015 qui transposent la directive 2013/11/UE du 21 mai 2013 dite « Règlement extrajudiciaire des litiges » en introduisant un nouveau titre V dans le livre 1^{er} du Code de la consommation, intitulé « Médiation des litiges de consommation » (art. L. et R. 152-1 et s.). Toutefois, celle qui symbolise incontestablement ce mouvement est la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, qui consacre un de ses huit titres, et quelques autres de ses dispositions, ailleurs dans le texte, à

³⁴ Sur le sujet, v. L. CADIET et TH. CLAY, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*. Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2^e éd., 2018. Adde E. JEULAND qui y voit « un volet de la managérialisation de la justice dans la mesure où il s'agit plutôt de réguler une situation que de trancher une prétention » (*Droit processuel général*. LGDJ, coll. Domat droit privé, 3^e éd., 2014, spéc. n° 321, et, plus largement n° 320-341).

³⁵ Articles 1442 à 1527 CPC, issus du décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage, *JO* 14 janv. 2011, p. 777.

³⁶ Articles 1528 à 1567 CPC, issus du décret n° 2012-66 du 20 janvier 2012 relatif à la résolution amiable des différends, *JO* 22 janv. 2012, p. 1280.

³⁷ Articles 2062 à 2068 CC, issus de la loi n° 2010-1609 du 22 décembre 2010 relative à l'exécution des décisions de justice, aux conditions d'exercice de certaines professions réglementées et aux experts judiciaires, *JO* 23 déc. 2010, p. 22552 et articles 1542 à 1564, issus du décret n° 2012-66 du 20 janvier 2012, préc.

l'objectif assumé de « Favoriser les modes alternatifs de règlement des différends ». En effet, la loi J21 est connue pour avoir franchi un nouveau cap dans la privatisation de la justice en offrant la possibilité de divorcer conventionnellement devant notaire³⁸. Il ne s'agit en réalité là rien d'autre que d'un divorce par avocats, ce qui peut apparaître comme une forme extrême de privatisation de la justice puisqu'il touche le terrain extrapatrimonial de la famille.

La réforme législative de 2016 a également permis de faire rayonner l'arbitrage à d'autres domaines. La nouvelle rédaction de l'article 2061 du Code civil, qui énonce un principe de validité de la convention d'arbitrage en droit commun sous la seule condition de son acceptation³⁹, a ouvert des perspectives de développement de l'arbitrage à des domaines autrefois réfractaires à l'idée de justice privée. D'une part, elle a sécurisé le recours à l'arbitrage en matière de conflits individuels du travail, souhaité à la fois par une partie de la doctrine⁴⁰ et par la pratique avec la création du Centre de médiation et arbitrage du travail (CMATravail).

D'autre part, elle a ouvert de nouvelles perspectives de résolution de règlement extrajudiciaire en droit de la famille⁴¹. Le recours à l'arbitrage en droit de la famille est possible sous réserve du respect des articles 2059 et 2060 du Code civil qui dessinent les contours de l'arbitrabilité, à savoir la libre disponibilité des droits et l'exclusion des matières intéressant l'ordre public. Le cadre législatif permet ainsi de limiter le recours à la justice privée dans des domaines sensibles ou qui sont considérés comme ne pouvant être soustraits de la connaissance du juge étatique. En matière familiale, cela conduit à opérer une distinction entre les questions patrimoniales qui peuvent être soumises à l'arbitrage et à l'inverse celles d'ordre extrapatrimoniales qui doivent, pour l'heure, être écartées du champ d'application matériel de l'arbitrage. Les aspects patrimoniaux du divorce peuvent ainsi être soumis à l'arbitrage tels que la liquidation

³⁸ Mise en application de la loi : décret n° 2016-1907 du 28 décembre 2016, relatif au divorce prévu à l'article 229-1 du Code civil et à diverses dispositions en matière successorale et circulaire du Garde des Sceaux du 26 janvier 2017.

³⁹ « La clause compromissoire doit avoir été acceptée par la partie à laquelle on l'oppose, à moins que celle-ci n'ait succédé aux droits et obligations de la partie qui l'a initialement acceptée ». « Lorsque l'une des parties n'a pas contracté dans le cadre de son activité professionnelle, la clause ne peut lui être opposée ».

⁴⁰ R. PLAISANT et H. MOTULSKY, « L'arbitrage et les conflits du travail », *Rev. arb.*, 1956, p. 78, spéc. n° 1 ; publié aussi in H. MOTULSKY, *Écrits. Tome 2 : Études et notes sur l'arbitrage*. Préface de B. Goldman et Ph. Fouchard, Dalloz, 1974, p. 113 ; J.-M. OLIVIER, « Arbitrage et droit du travail », in TH. CLAY (dir.) : « Nouvelles perspectives en matière d'arbitrage », *Dr. & Patrim.*, mai 2002, n° 104, p. 52 ; G. AUBERT, « L'arbitrage et droit du travail », *Bull. Assoc. suis. arb.*, 2000, p. 2 ; E. COURTOIS-CHAMPENOIS, « L'arbitrage des litiges en droit du travail : à la redécouverte d'une institution française en disgrâce. Étude comparative des droits français et américain », *Rev. arb.*, 2003, p. 349 ; J. BARTHELEMY, « L'arbitrage, avenir du droit du travail ? », *Arch. philo. du droit*, vol. 52, 2009, p. 283 ; J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*. Avant-propos de L. Boy. Préface de Ph. Fouchard. LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 309, 1999, spéc. n° 119-130 ; M. DE BOISSESON, *Le droit français de l'arbitrage interne et international*. Préface de P. Bellet. GLN Joly, 1990, spéc. n° 502-516 et 587 ; J. ROBERT, « L'arbitrage. Droit interne. Droit international privé. Dalloz, 6^e éd. avec la coll. de B. Moreau, 1993, spéc. n° 48-56 ; CH. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*. LGDJ, coll. Domat – droit privé, 2013, spéc. n° 135 et 652 ; E. LOQUIN, *L'arbitrage du commerce international*, Joly éditions, coll. Pratique des affaires, 2015, spéc. n° 111 ; E. LOQUIN, « Arbitrage. Conventions d'arbitrage. Conditions de fond. Litige arbitral », *Juris-Cl. procédure civile*, fasc. 1024 (avr. 2016), spéc. n° 106-111 ; B. HANOTIAU, « L'arbitrabilité », *Rec. Cours Acad. dr. intern. La Haye*, tome n° 296, 2003, p. 27, spéc. n° 369-375 ; TH. CLAY : « L'arbitrage, justice du travail », in M. KELLER (dir.), *Procès du travail. Travail du procès*. LGDJ, coll. Bibliothèque de l'Institut André Tunc, vol. 16, 2008, p. 99 ; TH. CLAY, « L'arbitrage en droit du travail : quel avenir après le rapport Barthelemy-Cette ? », *Droit social*, septembre-octobre 2010, p. 930 ; M. DANIS, « Les questions soulevées hors la loi « Justice du XXI^e siècle ». La nouvelle convention d'arbitrage dans le contrat de travail », *Paris Journ. Intern. Arb.* 2017, p. 59.

⁴¹ V. G. BARBE et M. DE FONTMICHEL, « La pratique de l'arbitrage en matière de divorce, de séparation et de succession », *JCP G*, 2018. 1834.

du régime matrimonial des époux, le partage des biens ou encore le quantum de la prestation compensatoire. De même, il n'existe pas d'obstacle à ce qu'en matière d'autorité parentale, la fixation de la contribution à l'entretien et à l'éducation du ou des enfants soit établie par des arbitres.

Une question se posera à l'avenir : peut-on envisager une évolution en faveur d'une arbitrabilité des litiges extrapatrimoniaux du droit de la famille ? Bien que les dispositions légales excluent le recours à l'arbitrage pour les droits extrapatrimoniaux de la famille en raison de leur indisponibilité permanente, plusieurs évolutions récentes militent en faveur de l'essor de l'arbitrage en droit de la famille plus généralement. En effet, le phénomène de contractualisation du droit de la famille avec le développement des modes de résolution amiable des litiges et la libéralisation des accords entre époux devraient logiquement ouvrir la voie à l'arbitrage. Mais c'est surtout la déjudiciarisation du divorce par consentement mutuel qui semble favoriser une ouverture de l'arbitrage car il est désormais difficile de soutenir que les conséquences extrapatrimoniales du divorce sont indisponibles quand le prononcé du divorce et l'ensemble de ses conséquences peuvent être décidés par les époux, seuls, en dehors de toute compétence du juge étatique. Enfin, un détour par le droit comparé permet d'observer qu'au Royaume-Uni un centre d'arbitrage en matière familiale a été créé qui autorise les arbitres à trancher des questions extrapatrimoniales telles que la résidence des enfants et l'exercice de l'autorité parentale⁴².

Les conventions portant sur le règlement extrajudiciaire de règlement de litiges s'étendent désormais au-delà de leur sphère traditionnelle. Toutefois, une autre forme, plus moderne, participe à cette déjudiciarisation sur le terreau de la volonté : l'émergence des plateformes de résolution des litiges en ligne.

Aujourd'hui, il existe une offre différente de justice qui émane des plateformes de règlement des litiges. Elle est distincte tant par les marchés qu'elle vise que par les caractéristiques procédurales qu'elle utilise. S'agissant des marchés, elle touche tout type d'*utilisateur/justiciable*, du simple consommateur à la start-up en passant par l'artisan. Cette offre d'arbitrage ouvre réellement l'arbitrage à tous. S'agissant des caractéristiques procédurales, l'autonomie de la volonté laisse place à une procédure quasi-réglémentée tant par le législateur que par la plateforme elle-même qui désigne l'arbitre, détermine le nombre de documents échangés et assiste la prise de décision d'intelligence artificielle. On s'éloigne du régime commun du droit de l'arbitrage.

L'offre de règlement des différends en ligne par des plateformes n'est pas nouvelle. Elle existe depuis quelques années comme peuvent en témoigner quelques acteurs⁴³. Ce type de règlement des litiges a été à la fois restreint par son nombre et limité dans son domaine d'application. En effet, jusqu'à présent, les expériences de règlement des litiges en ligne se sont limitées aux contentieux de petits litiges et n'ont pas trouvé encore une demande⁴⁴.

⁴² Institute of Family Law Arbitrators créée par le Chartered Institute of Arbitrators (CIArb) disponible à : <http://ifla.org.uk/divi/wp-content/uploads/Arbitrators.pdf>

⁴³ Fast Arbitre ; E just désormais appelé *madecision.com* ou *arbitrage-familial.fr*.

⁴⁴ *L'arbitrage en ligne*, dir. TH. CLAY, Club des Juristes, 2019, p. 34. À titre d'exception, il faut évoquer le succès de l'arbitrage en ligne de l'Organisation Mondiale de la Propriété intellectuelle (OMPI). Instituée en 1994, cette procédure d'arbitrage en ligne des litiges en matière de noms de domaine sous l'égide de l'OMPI traite environ 3 000 cas par an. Pour autant, la qualification d'arbitrage au sens du droit commun est à exclure. La raison dirimante est que c'est une procédure imposée à laquelle les parties ne peuvent pas

Mais face à un relatif constat d'échec, un nouvel élan législatif pourrait offrir un avenir meilleur pour les plateformes de justice en ligne. En effet, le législateur français s'est décidé à promouvoir cette forme de règlement des litiges par la mise en place d'un cadre légal et un dispositif qui tend à rassurer les justiciables. La loi du 23 mars 2019 insère dans l'ordre juridique un certain nombre d'obligations à l'intention des personnes se livrant à des activités de règlement des différends en ligne⁴⁵. C'est ainsi que l'article 4 de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice vient reconnaître un cadre général réglementant les plateformes d'arbitrage et de médiation en ligne. Avant la loi du 23 mars 2019, aucune disposition dans le Code civil ou dans d'autres codes ne traitait du rôle des outils numériques en matière d'arbitrage et de médiation⁴⁶. C'est une évolution remarquable qui fait bénéficier la justice juridictionnelle privée du même soutien que la justice amiable alors que cette dernière bénéficiait depuis de nombreuses années d'un appui important de l'État, du législateur et des acteurs du monde judiciaire, au contraire de l'arbitrage à l'image plus clivante.

Il existe donc à nos yeux deux offres de justice à ne pas confondre mais qui concourent toutes deux au mouvement de privatisation : d'un côté, celle relativement coûteuse, issue des centres et acteurs traditionnels de l'arbitrage et de la médiation et de l'autre, celle issue des plateformes, peu coûteuse, offrant une procédure arbitrale ou de médiation entièrement dématérialisée, assistée par des algorithmes à tous les stades du processus et principalement – mais non exclusivement – adaptée à des contentieux aux enjeux économiques et patrimoniaux faibles, ou pour des contentieux entre particuliers.

Pour autant aussi forte que peut apparaître cette privatisation dans son acception de substitution aux organes étatiques, l'État n'abdique pas certaines prérogatives. Il conserve des domaines réservés comme le droit pénal ou la justice des mineurs ; il encadre législativement les procédures pour lesquelles il accepte de déléguer le service public de la justice ; il exerce un contrôle sur les décisions de justice privées et finalement, en cas de problème d'exécution des actes amiables ou juridictionnels privés, l'État conserve le monopole de l'exécution. L'État est ainsi sollicité pour parfaire la justice privée. La justice même privatisée n'est pas complètement hors de contrôle des États. Mais cette perception n'est-elle pas déjà dépassée ? N'existe-t-il pas une justice privée, indépendante des États, entièrement décorrélée de leurs pouvoirs de délégation et de contrôle ?

Il s'agit alors de constater qu'aujourd'hui des systèmes de justice complètement intégrés au monde virtuel échappent à l'idée même de contrôle étatique et de principe de territorialité de l'exécution des décisions de justice. La mise en place par le géant Facebook de sa Cour Suprême, par la suite baptisée Conseil de surveillance (Oversight Board) et dont la nature n'est pas encore complètement identifiée, est l'illustration de cette tentation. Selon ses statuts, le Conseil a pour mission de : « protéger la liberté d'expression en prenant des décisions indépendantes et fondées sur des principes concernant des éléments de contenu importants, et en émettant des avis consultatifs

déroger. C'est un arbitrage forcé contrairement aux procédures d'arbitrage étudiées dans la présente étude qui naissent de la volonté des parties d'y recourir.

⁴⁵ V. D. BARLOW, « L'arbitrage en ligne, entre réglementation des pratiques et exigences déontologiques », *JCP*, 2020, suppl. n°7 et 8, p. 51.

⁴⁶ V. en ce sens, M.-C. DALLE, « L'arbitrage, une justice alternative pour une nouvelle offre de justice », *JCP G*, suppl. nos 7-8, 17 févr. 2020, p. 12.

sur les politiques en matière de contenu de Facebook ». C'est ainsi que les utilisateurs estimant que leurs publications ont été censurées à tort et n'ayant pas obtenu gain de cause auprès du réseau social, peuvent faire un recours de la décision auprès du Conseil. Celui-ci sera alors habilité à adopter des décisions contraignantes, annulant les mesures prises par Facebook. La création de cet organe et les premières décisions rendues phagocytent le règlement de différends opposant le créateur Facebook à ses utilisateurs, au détriment des juridictions.

On peut évoquer en second lieu un système qui est moins connu du grand public mais qui pourtant se révèle être le plus abouti en termes de justice privée et déterritorialisée : l'offre de résolution de litiges en ligne dans les blockchains et le Metavers. On prendra l'exemple de Kleros, une offre parmi d'autres sur la blockchain, qui se présente comme un « *Protocol for a decentralized Justice System* ». Ce système, qui a déjà rendu plus de 1300 décisions, propose de résoudre les litiges intervenus au sein de la blockchain Ethereum, et utilisant l'architecture des *smart contracts*. En effet, ces *smart contracts* permettent une exécution automatique de la décision, qui prend la forme d'un transfert de cryptomonnaie à la partie qui obtient gain de cause. Généralement, tous les stades du règlement du litige : du déclenchement de l'action à l'exécution de la sentence, en passant par la constitution du tribunal et l'instance arbitrale, se déroulent dans la chaîne. Parfois, il arrive exceptionnellement comme dans l'affaire 541 qu'un tribunal Kléros prononce une condamnation non pas uniquement en cryptomonnaie, mais en partie en monnaie fiduciaire. Dès lors, le rattachement au monde réel et par conséquent à l'État est à nouveau d'actualité lorsque la partie obtenant gain de cause sollicitera de l'autorité étatique la reconnaissance et l'exécution de la sentence. Encore faut-il que l'acte réponde aux exigences des règles de procès équitable et de l'ordre public procédural dans sa globalité, ce qui au regard du système procédural est loin d'être une évidence.

La privatisation de la justice est un phénomène protéiforme qui bouleverse notre conception française de la justice à plus d'un titre. Les acteurs privés provoquent un renouvellement des réflexions sur la manière de penser son accès, son financement, le déroulement des procédures ou le processus décisionnel. Dans ses deux fonctions principales d'assistance et de substitution à la justice étatique, la privatisation véhicule des forces subversives et des forces vertueuses. Subversives lorsque la privatisation conduit à spéculer sur le procès, à encourager une logique de marché ou pousse les juges au conservatisme dans leur prise de décision ; vertueuses lorsqu'elle facilite l'accès à la justice, l'égalité des armes et la rapidité du règlement du différend.

La justice n'a jamais été consubstantielle de l'État mais elle fait partie de ses missions régaliennes. Pour autant, l'État apparaît de plus en plus en difficulté pour offrir au justiciable un service public de qualité qu'on lui doit. Si la montée en puissance des acteurs privés est souvent corrélée au déclin des acteurs publics, il ne faut pas oublier à l'inverse que l'État est toujours sollicité pour pallier la défaillance des acteurs privés lorsque les circonstances l'exigent. Par conséquent, la justice publique doit rester debout et efficace, au quotidien et lorsque des temps exceptionnels l'exigeront. Pour cela, il faut espérer que la justice publique soit en mesure de tirer profit de la complémentarité et de la concurrence que lui apportent les acteurs privés pour s'améliorer.

Collaboration avec le secteur privé ou privatisation de la gouvernance mondiale en santé ?

Marie Baudel,

Docteure en droit public, enseignant-chercheur contractuel à Nantes Université

Le 31 janvier 1999, le Secrétaire général des Nations Unies, Kofi Annan, évoquait lors du Forum économique de Davos, la mise en place d'un partenariat novateur entre l'Organisation des Nations Unies (ONU) et le secteur privé. S'adressant aux dirigeants des grandes entreprises mondiales, il affirmait que « l'activité quotidienne de [l'] Organisation – qu'il s'agisse du maintien de la paix, de l'établissement de normes techniques, de la protection de la propriété intellectuelle ou de l'aide aux pays en développement qui en ont grand besoin – contribuait à élargir les perspectives des entreprises du monde entier ». Il ajoutait à l'attention des dirigeants de ces dernières, qu'« en toute franchise [...], sans votre savoir-faire et vos ressources, l'ONU aurait bien des difficultés à atteindre certains de ses objectifs »¹. Le Secrétaire général de l'ONU reconnaissait ainsi la nécessité de collaborer avec les acteurs privés pour faire face aux grands défis mondiaux. Il admettait, dans le même temps, l'incapacité des organisations internationales (OI) à y répondre seules. À peine rétablie d'une crise épidémique majeure, la santé mondiale est aujourd'hui – et peut-être plus encore qu'il y a vingt ans – saisie par ce double constat. Les acteurs privés, qu'il s'agisse des entreprises transnationales, des fondations philanthropiques ou d'autres organisations non gouvernementales sont, dans le domaine sanitaire, des partenaires essentiels des États et des OI. La nécessité du recours au secteur privé donne cependant à ces acteurs un pouvoir politique majeur dans les relations internationales. Ce pouvoir est tel qu'il est possible de se demander s'il ne conduirait pas, en réalité, à une confiscation par les acteurs privés de la gouvernance mondiale en santé.

L'étroitesse du lien entre les OI et le secteur privé en matière de santé doit néanmoins être replacée dans une perspective historique. La création de l'Organisation d'hygiène de la Société des Nations, ancêtre de l'Organisation mondiale de la santé (OMS), témoigne d'une alliance originelle entre l'organisation intergouvernementale et les grandes organisations philanthropiques de l'époque. Parmi les plus significatives, la Fondation Rockefeller s'est révélée être un acteur incontournable du fonctionnement de l'Organisation d'hygiène. La dotant généreusement lors de sa création en 1922, la Fondation Rockefeller a également contribué à financer nombre de ses activités telles que des programmes de voyages d'études destinés aux fonctionnaires sanitaires, la création d'un service de renseignement épidémiologique ou encore la mise en place d'un bureau à Singapour permettant à l'Organisation d'hygiène de développer son activité vers l'Asie.² L'étude de ces relations entre acteurs publics et privés conduit Ludovic Tournès à constater que les fondations philanthropiques « par leurs politiques de réseaux, [...] jouent un rôle parfois décisif dans la conception des projets dont elles sont devenues partenaires »³.

¹ K. ANNAN, *Discours prononcé lors du Forum économique mondial*, Davos, le 31 janvier 1999 accessible au lien suivant : <https://press.un.org/fr/1999/19990201.sgsm6881.html>, consulté le 29 septembre 2022.

² L. TOURNES, « La philanthropie américaine, la Société des Nations et la coproduction d'un ordre international (1919-1946) », *Relations internationales*, vol. 3, n° 151, 2012, pp. 32-34 ; J. YAUDE, « Global health and learning the lessons of history », *Medicine, Conflict and Survival*, vol. 32, n° 3, pp. 204-207.

³ L. TOURNES, *L'argent de l'influence, les fondations américaines et leurs réseaux européens*, Paris, Autrement, 2012, p. 5.

L'influence des acteurs privés et plus particulièrement des fondations philanthropiques sur les programmes sanitaires internationaux n'est donc pas nouvelle. Cependant, le XXI^{ème} siècle a marqué une évolution dans le rapport entre les OI et le secteur privé. Influencés par la dynamique du Pacte mondial⁴, lancé en 2000, les partenariats publics-privés (PPP) en matière de santé se sont multipliés⁵. À l'instar du récent programme COVAX, visant à généraliser l'accès au vaccin et à lutter contre la pandémie liée à la Covid-19, les PPP voire les « super partenariats publics-privés »⁶ sont dorénavant des institutions incontournables du paysage de la santé mondiale. S'ils peuvent se targuer d'avancées indéniables dans la lutte contre certaines menaces pour la santé⁷, ces partenariats ne sont pas exempts de critiques et soulèvent des interrogations quant à leur rôle d'acteurs de la gouvernance mondiale. Ils sont tout d'abord institués selon un formalisme beaucoup plus faible que les OI classiques. De fait, les obligations respectives des partenaires tant publics que privés, leurs modalités d'action et leur responsabilité sont peu encadrées sur un plan juridique et manquent parfois de transparence. La même remarque s'applique à leurs organes décisionnels. En effet, comme le souligne Marie-Clotilde Runavot, « la structure paritaire des PPPS [Partenariats publics-privés en Santé] traduit généralement le reflux des modes traditionnels d'institutionnalisation des relations internationales et, corrélativement, l'affirmation des acteurs privés dans la gestion de ce qui peut être qualifié de “services publics internationaux” »⁸. Ainsi, en faisant échapper certains enjeux sanitaires aux enceintes multilatérales de discussion instituées par les OI, les PPP sont susceptibles de provoquer de nouveaux déséquilibres dans les rapports internationaux. Les pays en développement, principaux bénéficiaires des programmes mis en œuvre par ces partenariats, sont à ce titre sous-représentés dans leurs structures décisionnelles. Selon certains auteurs, ces partenariats s'apparentent bien plus à des programmes d'aide internationale, reposant sur un modèle charitable, qu'à des instruments de coopération multilatérale⁹.

Par ailleurs, ces partenariats sont en mesure de concurrencer l'action des OI et plus particulièrement celle de l'OMS, désormais simple partie prenante de ces nouveaux modes de coopération en santé¹⁰. Ainsi pour Barbara Adams et James Martens, « ces dernières décennies, l'OMS a perdu une importance politique comparativement aux nouveaux acteurs de la santé mondiale. De la principale – et pratiquement seule – autorité en matière de santé mondiale durant les premières décennies de son existence, l'OMS fait désormais partie d'un nombre croissant d'acteurs publics et privés,

⁴ G. LE FLOCH, « Les organisations internationales et le Pacte mondial » in L. BOISSON DE CHAZOURNES et E. MAZUYER (dir.), *Le Pacte mondial des Nations Unies, 10 ans après*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 33-51.

⁵ S. CASSELLA, « Santé publique » in *Répertoire de droit international*, avril 2000, §28.

⁶ K. T. STORENG, A. DE BENGUY PUYVALLÉE et F. STEIN, « COVAX and the rise of the ‘super public private partnership’ for global health », *Global Public Health*, 2021, pp. 1-17.

⁷ Par exemple, l'Alliance GAVI estime avoir contribué depuis sa création en 2000 à vacciner 760 millions d'enfants et à éviter 13 millions de décès. GAVI, *Notre impact*, <https://www.gavi.org/fr/programmes-et-impact/notre-impact>, consulté le 15 octobre 2022.

⁸ M.-C. RUNAVOT, « Les partenariats public-privé dans le domaine de la santé : réflexions sur un nouveau mode d'exercice de l'autorité publique internationale », *AFDI*, vol. 60, 2014, pp. 660.

⁹ *Ibid.*, p. 13.

¹⁰ Sur « les défis de la gouvernance en santé globale face à l'explosion de nouveaux acteurs » voir L. REY, « L'organisation mondiale de la santé à 70 ans : de la santé internationale à la globalisation de la santé », *RQDI*, Hors-série décembre 2021 – Organisations internationales, Droit et politique de la gouvernance mondiale, pp. 156-158.

d'initiatives et de partenariats internationaux en matière de santé »¹¹. Cette restructuration de la scène internationale n'est pas sans conséquence sur l'organisation interne de l'OMS. Celle-ci doit désormais opérer dans un environnement concurrentiel et attirer de nouvelles sources de financement. Ce repositionnement de l'OMS se produit alors même que la montée en puissance des acteurs privés est une conséquence directe de la faiblesse des financements étatiques octroyés à l'Organisation. Cet impératif concurrentiel conduit l'organisation à adopter progressivement les modes de gestion du secteur privé, au risque de renoncer à bas bruit aux avantages du multilatéralisme.

Qu'il s'agisse des partenariats public-privés (I) ou de l'organisation interne de l'OMS (II), la gouvernance mondiale en santé est au cœur d'un périlleux jeu d'équilibre. Si la collaboration avec les acteurs du secteur privé – la mobilisation de leurs ressources financières, humaines et de leur savoir-faire technique – est indispensable pour répondre aux défis mondiaux en matière de santé, elle ne va pas sans une contrepartie en termes de pouvoir politique et de maîtrise du jeu des relations internationales. Il est alors possible de se demander où se situe le point de bascule entre une collaboration équilibrée avec le secteur privé et la privatisation de la gouvernance mondiale en matière de santé. Cet équilibre n'est pas sans conséquence sur l'équilibre, lui-même particulièrement ardu à mettre en place, entre les pays en développement et les pays développés.

I. Le partenariat public-privé, instrument incontournable des programmes sanitaires internationaux

L'OMS demeure symboliquement le chef de file de la santé mondiale. Elle est cependant fortement limitée dans ces moyens dès lors qu'il s'agit de mener une action opérationnelle, *a fortiori* en situation d'urgence. En 2014-2015, l'Organisation a drastiquement réduit la part de son budget et de son personnel consacrés aux urgences sanitaires¹², fragilisant les capacités de réaction qui lui auraient peut-être permis de faire plus efficacement face à la crise liée à la Covid-19. Comme le fait remarquer Jeremy Youde, les PPP en matière de santé interviennent pour combler un vide laissé par le désengagement des acteurs traditionnels¹³. Deux exemples seront principalement retenus ici : l'alliance GAVI, sans doute un des PPP les plus connus en matière de santé, dont l'objet est d'améliorer la couverture vaccinale et de lutter contre les maladies transmissibles et le programme COVAX créé pour mettre en place une collaboration « pour un accès mondial et équitable aux vaccins contre le virus de la Covid-19 »¹⁴. À l'instar des PPP en matière de santé, ils se distinguent des règles classiques auxquelles sont soumises les organisations internationales. Ils répondent, d'une part, à un faible formalisme dans leur mode de création (A). D'autre part, n'étant pas soumises à une règle de représentation géographique équitable, leurs structures décisionnelles font l'objet d'une sous-représentation des pays en développement (B).

¹¹ B. ADAMS et J. MARTENS, *Fit for whose purpose ? Private funding and corporate influence in the United Nations*, Global Policy Forum, 2015, p. 59 (nous traduisons).

¹² *Ibid.*, p. 62.

¹³ J. YOUDE, « Global health and learning the lessons of history », *Medicine, Conflict and Survival*, vol. 32, n° 3, p. 214-215.

¹⁴ OMS, *Covax : collaborer pour un accès mondial et équitable aux vaccins contre le virus de la Covid-19*, <https://www.who.int/fr/initiatives/act-accelerator/covax>, consulté le 15 octobre 2022.

A. *Le faible formalisme des partenariats publics-privés*

La mise en œuvre des PPP suppose le recours à des instruments du droit interne au détriment des instruments classiques du droit international. En effet, contrairement aux OI, ces partenariats ne sont pas institués par des traités constitutifs mais par des actes de droit interne. Ce recours aux ordres juridiques internes s'explique aisément par l'absence de personnalité juridique internationale d'une partie des acteurs de ces partenariats. L'alliance GAVI a ainsi le statut d'une fondation à but non lucratif de droit suisse¹⁵. D'autres ordres juridiques « hébergent » ces partenariats internationaux. C'est le cas par exemple du CEPI¹⁶, PPP consacré à la préparation aux épidémies et association de droit norvégien. Le programme COVAX n'est quant à lui pas doté d'une personnalité juridique à part entière. Cette flexibilité et cette diversité font écho au constat d'évanescence et d'hétérogénéité du phénomène partenarial souligné par Marie-Clotilde Runavot¹⁷. L'auteur fait remarquer, au sujet des PPP en matière de santé, que « sans nécessairement être dotés d'une personnalité juridique distincte, ils sont en tout cas pourvus d'une structure organique propre qui leur garantit un fonctionnement autonome pour poursuivre la mission spécifique en vue de laquelle ils ont été créés »¹⁸.

Le recours au droit interne pour instituer des institutions influentes sur la scène internationale n'est pas un phénomène original ou propre au PPP. Il convient de rappeler que le Comité international de la Croix-Rouge (CICR), créé en 1863, est une association de droit suisse et non une OI intergouvernementale. Il n'en demeure pas moins que son action en situation de conflits armés et son rôle dans la création du droit international humanitaire sont universellement reconnus. Cependant, à la différence des PPP, le CICR est statutairement indépendant des États. Ces derniers ne sont pas représentés au sein des organes décisionnels du Comité, l'Assemblée étant par exemple composée exclusivement de ressortissants suisses.

Si les statuts de l'alliance GAVI ne sont donc en rien un traité international, leur rédaction est pourtant assez similaire aux actes constitutifs de nombreuses OI. On retrouve dans ces statuts des dispositions générales fixant le nom, le but et les limitations de l'alliance¹⁹, des dispositions régissant le fonctionnement de ses organes²⁰ et enfin des dispositions prévoyant la modification des statuts ou la dissolution du partenariat²¹. Cependant, le texte demeure silencieux quant aux obligations respectives des différentes parties prenantes au sein de l'alliance. Sur ce point, plusieurs auteurs ont pu regretter le manque de transparence et de mécanismes de contrôle concernant les modalités d'actions des différents membres du partenariat²². La transparence sur les obligations respectives des parties prenantes est d'autant plus nécessaire que ces partenariats peuvent faire transiter des fonds publics à destination des acteurs privés (par exemple à l'industrie pour des activités de recherche et développement) aussi bien

¹⁵ *Statuts de GAVI Alliance*, approuvés le 29 octobre 2008, modifiés les 16-17 novembre 2011, 14-15 juin 2017 et 6-7 juin 2018, article 1^{er}.

¹⁶ Le CEPI est la coalition pour les innovations en matière de préparation aux épidémies. Il s'agit également d'un partenariat public-privé.

¹⁷ M.-C. RUNAVOT, *op. cit.*, pp. 659.

¹⁸ *Ibid.*, p. 660.

¹⁹ *Statuts de GAVI Alliance*, précités, articles 1 à 5.

²⁰ *Ibid.*, articles 8 à 19.

²¹ *Ibid.*, article 22 à 25.

²² K. T. STORENG, A. DE BENGUY PUYVALLÉE et F. STEIN, *op. cit.* ; B. ADAMS et J. MARTENS, *op. cit.*, pp. 114-115.

que des fonds privés vers des programmes mis en œuvre par des acteurs classiques du droit international (États et OI). L'équilibre des intérêts est cependant en principe garanti par une représentation équilibrée des parties prenantes au sein des instances décisionnelles. On constate sur ce point que les statuts de l'alliance GAVI prévoient la représentation au sein du Conseil des différents partenaires, tant publics que privés, de l'alliance²³. Cette « logique d'équilibre » est, selon Marie-Clotilde Runavot, « la clef de voûte de la structure des PPPS »²⁴. Pour autant, cette représentation n'est en rien comparable au cadre multilatéral des organisations internationales. Elle se traduit notamment par une sous-représentation des États en développement dans ces nouvelles instances de gouvernance de la santé mondiale.

B. *La sous-représentation des États en développement*

En déplaçant le centre de gravité des décisions internationales en matière de santé à l'extérieur de l'enceinte des OI, les PPP modifient par là même l'équilibre des rapports internationaux. Les actes constitutifs des organisations intergouvernementales mettent en place des structures de gouvernance qui, certes, peuvent souffrir de lenteurs, mais sont aussi garantes d'une coopération multilatérale et d'une représentation équilibrée des intérêts des États parties. L'OMS est ainsi composée d'une Assemblée, d'un Conseil exécutif, et d'un Secrétariat. Une égalité formelle est garantie au sein de l'Assemblée, organe suprême de l'Organisation²⁵. Le Conseil exécutif, organe restreint, est composé de trente-quatre personnes dont la nomination doit respecter « une répartition géographique équitable ». Sa composition est renouvelée tous les trois ans²⁶.

Les partenariats publics-privés peuvent bénéficier d'une organisation plus souple et se targuent d'instaurer une collaboration équilibrée entre les parties prenantes. Selon les termes même de l'alliance GAVI, « Le conseil d'administration de GAVI, composé de membres provenant de diverses organisations partenaires et d'experts du secteur privé, offre un forum pour la prise de décisions stratégiques équilibrées, l'innovation et la collaboration entre partenaires »²⁷. De même, la complexité de la structure de gouvernance de COVAX est justifiée par « une bonne raison : fondée sur les principes de responsabilité et de transparence, elle doit néanmoins refléter la diversité géographique et thématique »²⁸.

La réalité est plus complexe. Comme l'explique Marie-Clotilde Runavot, « la représentation différenciée dans les PPPS vise à assurer l'efficacité sinon l'efficacité du service public de la santé mondiale. Cela suppose, d'abord et évidemment, de faire bénéficier les partenaires donateurs d'une représentation privilégiée. Le financement des PPPS étant principalement le fait des gouvernements des États développés, le cas échéant en combinaison avec des fondations caritatives, cela explique qu'ils totalisent ensemble un nombre significatif de membres avec droit de vote dans les organes de

²³ *Statuts de GAVI Alliance*, précités, article 9.

²⁴ M.-C. RUNAVOT, *op. cit.*, p. 663.

²⁵ *Constitution de l'Organisation mondiale de la santé*, New York, 22 juillet 1946, article 10.

²⁶ *Ibid.*, article 24.

²⁷ GAVI, *Le Conseil d'administration de GAVI*, <https://www.gavi.org/fr/notre-alliance/gouvernance/conseil-d-administration>, consulté le 11 octobre 2022.

²⁸ GAVI, *La gouvernance de la Facilité COVAX expliquée*, <https://www.gavi.org/fr/vaccineswork/gouvernance-facilite-covax-expliquee>, consulté le 11 octobre 2022.

décision des PPPS »²⁹. La composition du Conseil de l'Alliance GAVI illustre bien ce phénomène. Celui-ci est composé de membres représentatifs impliqués dans l'alliance et de membres indépendants nommés pour leurs capacités personnelles. L'OMS, l'UNICEF et la Banque mondiale possèdent chacune un siège en tant que membres représentatifs. Il en va de même pour la Fondation Bill et Melinda Gates. Les sièges restants sont répartis comme suit : cinq sièges pour les représentants de pays en développement, cinq sièges pour des représentants d'États donateurs, un siège pour un représentant de l'industrie des vaccins des pays industrialisés, un siège pour un représentant de l'industrie des vaccins de pays en développement, un siège pour un représentant de la société civile et un siège pour un représentant d'instituts techniques de santé ou de recherche³⁰. La répartition des sièges de membres représentatifs au sein du Conseil montre donc un déséquilibre en faveur des pays développés au détriment des pays en développement, pourtant principaux destinataires des programmes d'actions menés par l'alliance. Or, ce déséquilibre n'est pas compensé par la nomination des membres indépendants. Sur les neuf membres nommés, seuls deux sont originaires de pays en développement³¹. Les autres membres sont exclusivement issus de pays développés³².

La structure de COVAX est quant à elle particulièrement complexe, s'apparentant pour certains auteurs à celle d'une « poupée russe »³³. Le partenariat englobe en effet lui-même des partenariats public-privés, dont GAVI et CEPI. En conséquence, son système de gouvernance reproduit voire accentue les déséquilibres existants, favorisant les intérêts des pays développés, des fondations philanthropiques et de l'industrie pharmaceutique³⁴.

Ces déséquilibres rejaillissent sur les modalités de mise en œuvre des programmes pilotés par ces PPP. Il est en effet possible de constater une approche verticale de la coopération sanitaire³⁵, laissant peu de place à la formulation de leurs propres besoins par les acteurs locaux³⁶ ou au renforcement structurel des systèmes de santé des États bénéficiaires³⁷. Ces initiatives tendent également à véhiculer une vision tronquée de la santé mondiale, centrée sur la lutte contre les maladies infectieuses au détriment des maladies non transmissibles³⁸. Plus problématique encore, COVAX a mis en évidence les conflits d'intérêts entre États donateurs et États bénéficiaires en situation d'urgence sanitaire. Les États donateurs ont en effet directement négocié des contrats avec l'industrie pharmaceutique pour réserver des doses de vaccins au bénéfice de leur population à des prix bien supérieurs aux capacités de COVAX³⁹. Ces derniers avaient

²⁹ M.-C. RUNAVOT, *op. cit.*, p. 669.

³⁰ *Statuts de GAVI Alliance*, précités, article 9.

³¹ Yibing WU (Chine) et Awa Marie COLL SECK (Sénégal).

³² États-Unis : trois membres ; Royaume-Uni : un membre ; Portugal : un membre et Australie : un membre.

³³ K. T. STORENG, A. DE BENGUY PUYVALLÉE et F. STEIN, *op. cit.*, p. 12.

³⁴ *Ibid.*, p. 5.

³⁵ D. KEROUEDAN, « Paradigme et paradoxe de la coopération en “santé mondiale” : de la pandémie de sida à l'épidémie d'Ebola en Afrique subsaharienne », *Bulletin de l'Académie nationale de médecine*, vol. 204, 2020, p. 407 ; D. L. SRIDHAR et N. WOODS, « Trojan multilateralism: Global cooperation in health », *Global Economic Governance Programme (GEG) Working Paper*, No. 2013/72, University of Oxford, 2013, pp. 6-8.

³⁶ J. YUDE, *op. cit.* p. 213.

³⁷ D. KEROUEDAN, *op. cit.* p. 407.

³⁸ *Ibid.*, p. 405.

³⁹ K. T. STORENG, A. DE BENGUY PUYVALLÉE et F. STEIN, *op. cit.*, p. 7.

donc, dans cette situation d'urgence, peu d'intérêt à rendre opérationnel un mécanisme global et conjoint d'achat et de distribution équitable des vaccins.

Adoptée en 1974, la *Déclaration sur l'instauration d'un nouvel ordre économique international* appelait à « une participation active, pleine et équitable des pays en voie de développement à la formulation et à l'application de toutes les décisions qui intéressent la communauté internationale »⁴⁰. Les partenariats public-privés sacrifieraient-ils alors, sur l'autel de l'efficacité et de la flexibilité, l'équité dans les relations internationales ? Cette crainte ne touche pas uniquement les alliances telles que GAVI ou COVAX mais s'étend aux organisations internationales elles-mêmes et, dans le domaine de la santé, à l'OMS dont les modes de gestion interne s'apparentent de plus en plus à ceux du secteur privé.

II. L'application des modes de gestion privés à l'OMS, symptômes d'une « privatisation rampante »

Selon la définition restée célèbre de Sir Gerald Fitzmaurice, l'organisation internationale est « un groupement d'États établi par convention, doté d'une constitution et d'organes communs, possédant une personnalité juridique distincte de celle de chacun des États qui le composent et ayant qualité de sujet de droit international avec compétence pour conclure des traités »⁴¹. Quelles que soient les légères variations des définitions doctrinales postérieures, le critère fondamental de l'organisation internationale est l'origine étatique de sa création. Ce critère emporte la nature « publique » ou « intergouvernementale » de celle-ci. Cependant, une fois l'OI créée, son mode de gestion n'entre plus en ligne de compte dans la détermination de sa nature. Malgré la stabilité du critère, plusieurs auteurs ont soulevé des phénomènes de privatisation des organisations internationales⁴² dont les modes de gestion s'apparentent de manière croissante à ceux du secteur privé. Pour ce qui est de l'OMS, ce phénomène peut être observé tant sur le plan de ses ressources financières (A) que sur celui de ses ressources humaines (B).

A. La privatisation du financement face au déclin des contributions étatiques

Le financement de l'OMS suscite depuis de nombreuses années déjà des inquiétudes quant à l'influence des acteurs privés sur la gouvernance de l'Organisation. Les « contributions fixes », versées par les États membres sur la base de leurs ressources, représentent à peine 20% du budget de l'OMS⁴³. Ce ratio s'est inversé depuis les années 1970, époque à laquelle les contributions fixes des États membres représentaient 80% du budget de l'Organisation⁴⁴. La majorité de son financement provient donc des contributions volontaires qui sont versées par des États ou par des acteurs privés⁴⁵. Pour la période 2020-2021, deux fondations privées sont citées parmi les dix principaux

⁴⁰ AGNU, Résolution 3201(S-IV) *Déclaration concernant l'instauration d'un nouvel ordre économique international*, 1^{er} mai 1974.

⁴¹ G. G. FITZMAURICE, « Le droit des traités », *Ann. CDI*, 1956, vol. II, p. 110.

⁴² R. BISMUTH, « La privatisation des organisations internationales » in E. LAGRANGE et J.-M. SOREL (dir.), *Droit des organisations internationales*, Paris, LGDJ-Lextenso éditions, 2013, pp. 192-198 ; G. LE FLOCH, « La défiance envers l'OMS », *RDSS*, 2021, p. 9.

⁴³ OMS, *Le financement de l'OMS*, <https://www.who.int/fr/about/funding>, consulté le 15 octobre 2022.

⁴⁴ OMS, *Rapport sur les résultats de l'OMS : Budget programme 2016-2017*, A71/28, Genève, 2018, p. 70.

⁴⁵ Afin de réglementer ses relations avec les acteurs non étatiques, l'OMS a mis en place des règles de collaboration spécifiques, voir le *Cadre de collaboration avec les acteurs non étatiques*, annexé à la résolution WHA69.10, adoptée par l'Assemblée mondiale de la Santé le 26 mai 2016.

contributeurs de l'OMS. La fondation Bill & Melinda Gates est ainsi le deuxième contributeur au budget de l'Organisation, avec un financement à hauteur de 751 millions de dollars. La fondation Rotary International a quant à elle abondé pour la même période de 174 millions de dollars au budget de l'OMS se plaçant en neuvième position⁴⁶. Au total, c'est près du quart du budget de l'organisation (environ 23%), qui est financé par des acteurs non étatiques⁴⁷.

Ce financement par les acteurs privés qui, selon Guillaume Le Floch, « n'est pas loin de s'assimiler à une privatisation rampante », contribue à alimenter un sentiment de défiance à l'égard de l'OMS⁴⁸. Les fonds privés, en particulier lorsqu'ils sont fléchés en direction de programmes spécifiques, orientent les priorités politiques et les activités opérationnelles de l'organisation. Par là même, ils affaiblissent les mécanismes décisionnels collectifs et multilatéraux prévus par l'acte constitutif⁴⁹. Or, parmi les fonctions que l'instrument attribue à l'institution sanitaire internationale, celle d'« agir en tant qu'autorité directrice et coordonnatrice, dans le domaine de la santé, des travaux ayant un caractère international »⁵⁰, suppose une certaine indépendance aussi bien vis-à-vis des intérêts individuels des États que des intérêts privés.

En 2022, les États membres ont adopté une résolution devant conduire à renforcer et à améliorer le financement de l'OMS⁵¹. La lutte contre la Covid-19 et les sévères critiques formulées à l'encontre de l'organisation ont mis en exergue son manque de moyens pour faire face à des situations d'urgence. La résolution ainsi adoptée par l'Assemblée mondiale de la santé en mai 2022 renvoie aux recommandations du groupe de travail sur le financement durable de l'OMS qui propose d'augmenter progressivement les contributions fixées afin de parvenir à 50% du budget de base d'ici à l'exercice 2028-2029⁵². Si ces recommandations visent à renforcer le poids des États et la prévisibilité du financement de l'OMS, elles ne négligent pas pour autant les autres sources de revenus. À cet égard, doivent être privilégiées les contributions volontaires à objet non désigné de manière à garantir l'indépendance financière de l'OMS⁵³. Les recommandations prévoient également un élargissement de la base de financement au sein du secteur privé⁵⁴ selon l'idée qu'une diversification des sources de financement permettrait à l'OMS d'être moins sujette à l'emprise des intérêts particuliers. Il demeure que pour les donateurs, la contribution au budget de l'institution doit s'accompagner d'un retour sur investissement, quelle qu'en soit sa forme. Le directeur général, Dr Tedros Adhanom Ghebreyesus, souligne lui-même qu'un investissement dans l'OMS doit permettre un « retour sur investissement sain » et générer des retombées

⁴⁶ WHO, *Our contributors, Partnering for a healthier world*, <https://www.who.int/about/funding/contributors>, consulté le 16 août 2022.

⁴⁷ WHO, *WHO programme and financial reports for 2020-2021, including audited financial statements for 2020*, A74/29, 17 mai 2021, p. 20.

⁴⁸ G. LE FLOCH, « La défiance envers l'OMS », *op. cit.* Sur ce point, voir également, G. VELÁSQUEZ, « Les réformes de l'Organisation mondiale de la Santé à l'époque de COVID-19 », Research Paper n° 121, 2021, South Centre, Genève, pp. 5-7.

⁴⁹ K. DAUGIRDAS et G. L. BURCI, « Financing the World Health Organization: What Lessons for Multilateralism ? », *International Organizations Law Review*, vol. 16, n° 2, 2019, p. 299-338.

⁵⁰ *Constitution de l'Organisation mondiale de la Santé*, New York, 22 juillet 1946, article 2.

⁵¹ Assemblée mondiale de la santé, *Financement durable*, WHA75(8), 27 mai 2022.

⁵² OMS, *Financement durable, Rapport du groupe de travail*, A75/9, 13 mai 2022, p. 6.

⁵³ *Ibid.*, p. 5.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 7.

économiques de 35 dollars des États-Unis pour chaque dollar investi⁵⁵. Le financement de la santé mondiale serait-il, *in fine*, un investissement comme un autre ?

Dans cette perspective, l'OMS est-elle encore une « autorité directrice et coordinatrice » de la santé mondiale ou un simple prestataire de services ? La question est légitime à la lecture du rapport financier 2020-2021 qui qualifie de « produits » les différentes activités de l'Organisation⁵⁶. Ces « produits » peuvent désormais être évalués selon la qualité de la prestation ou selon leur optimisation financière⁵⁷. De manière plus spécifique, les différents services de l'OMS ont parfois recours à la pratique des « *fee for service* », système permettant à l'organisation de recevoir un paiement en retour d'une prestation particulière⁵⁸. Aussi, l'idéal formulé dans la Constitution de l'OMS selon lequel « les résultats atteints par chaque État dans l'amélioration et la protection de la santé sont précieux pour tous »⁵⁹ se trouve confronté à une réalité : les résultats de l'OMS doivent, eux, être rentables pour ses financeurs.

Cette perméabilité des logiques du secteur privé apparaît également dans la gestion des ressources humaines de l'OMS : le modèle du fonctionnaire international est aujourd'hui en déclin par rapport à des modalités de recrutement plus flexibles et diversifiées.

B. *La diversification des modes de recrutement face au déclin du fonctionnaire international*

L'application des modes de gestion privés à l'OMS se traduit également dans une évolution structurelle du personnel de l'Organisation au point que le modèle du fonctionnaire international semble voué à disparaître. Ce constat n'est pas propre à l'OMS mais s'applique à la plupart des organisations internationales qui se voient imposer des réformes de leur personnel, « l'objectif principal étant la réduction des coûts et le renforcement de la flexibilité »⁶⁰.

Les rapports sur les ressources humaines de l'OMS témoignent de cette évolution progressive. Il est ainsi possible de remarquer que le terme même de « fonctionnaire » a aujourd'hui disparu de ces rapports sur les effectifs pour être remplacé par celui de « membre du personnel »⁶¹. En outre, à partir de 2013, le Conseil exécutif de l'OMS a décidé de mettre progressivement fin aux engagements continus⁶², type de contrat ayant plus particulièrement vocation à s'appliquer aux fonctionnaires internationaux⁶³. Depuis le 1^{er} janvier 2019, ce type de contrat n'est plus accordé⁶⁴, seuls existent désormais les engagements long termes ou les engagements temporaires. Cela signifie que l'ensemble des membres du personnel de l'OMS est aujourd'hui recruté selon les modalités d'un contrat à durée déterminée.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 2.

⁵⁶ Dans la version anglaise du rapport, le terme « output » est employé. WHO, *WHO programme and financial reports for 2020-2021, including audited financial statements for 2020*, précité.

⁵⁷ *Ibid.*, pp. 11-14.

⁵⁸ K. DAUGIRDAS et G. L. BURCI, *op. cit.*, pp. 25-26.

⁵⁹ *Constitution de l'Organisation mondiale de la Santé*, précitée, préambule.

⁶⁰ E. LAGRANGE et J.-M. SOREL (dir.), *op. cit.*, p. 523.

⁶¹ Voir par exemple, OMS, *Ressources humaines : informations actualisées*, EB150/45, 16 décembre 2021.

⁶² Conseil exécutif de l'OMS, résolution EB132.R10, *Confirmation d'amendements au Règlement du personnel*, 28 janvier 2013.

⁶³ E. LAGRANGE et J.-M. SOREL (dir.), *op. cit.*, p. 543.

⁶⁴ OMS, *Ressources humaines : informations actualisées*, EB136/45, 19 décembre 2014, p. 2.

La catégorie de « membre du personnel », que l'on peut comparer à celle des agents de la fonction publique en droit interne, ne constitue qu'une partie des effectifs de l'OMS. En 2021, 8539 personnes étaient comptabilisées comme membres du personnel dans les effectifs de l'organisation, ceux-ci comprenant le personnel affecté au siège, dans les bureaux régionaux et dans les bureaux de pays. Il faut cependant y ajouter un nombre très important de personnes liées à l'OMS par un contrat ne conférant pas le statut de membre du personnel (contrats de consultants, accords pour exécution de travaux et accords de services spéciaux). La même année, 7226 personnes ont ainsi participé à l'activité de l'OMS selon ces modalités⁶⁵. Cela concerne près de la moitié (45,84 %) du total des effectifs de l'Organisation.

La disparition d'une catégorie à part entière de fonctionnaires internationaux au sein de l'OMS et la diversité des modes de recrutement vont sans aucun doute dans le sens d'une plus grande flexibilité des ressources humaines de l'Organisation. Cette flexibilité est nécessaire pour s'adapter à une logique de projets qui dépendent des priorités des donateurs internationaux. Pour autant, le statut de fonctionnaire international est aussi garant de la permanence de certaines fonctions des OI⁶⁶. L'on peut imaginer que certaines de ces fonctions, assignées aux organisations dans leurs actes constitutifs, ne sauraient subir les aléas des priorités fixées par les contributions volontaires.

En outre, si l'on admet que le « fonctionnaire est un agent de l'organisation se consacrant entièrement et de manière durable à ses fonctions au service de celle-ci en étant soumis à un régime juridique particulier de caractère international »⁶⁷, la diversification des modes de recrutement peut faire craindre des logiques plus opportunistes de la part des agents internationaux, contraints d'envisager la poursuite de leur carrière dans le secteur privé. L'éclatement de statuts des personnes au service de l'Organisation, sans nul doute nécessaire à la diversification des expériences et des expertises du personnel, augmente aussi le risque de conflits d'intérêts.

L'étude de la place des acteurs privés dans la gouvernance mondiale en matière de santé n'est ainsi pas sans nécessiter quelques points de vigilance. D'une part, l'action mondiale en matière de santé ne peut se satisfaire d'une action ciblée sur quelques maladies épidémiques, stratégie qui tend pourtant à être adoptée par les PPP. Les maladies non transmissibles sont responsables de près de 74% des décès dans le monde⁶⁸. Or, il est impossible d'ignorer que pour certaines d'entre elles, principalement celles liées à l'alimentation, au tabac ou à la pollution, les intérêts du secteur privé peuvent entrer en conflit avec la protection de la santé publique. D'autre part, la sous-représentation des États en développement dans ces nouveaux modes de coopération internationale est susceptible de fragiliser encore un peu plus l'équilibre des relations internationales qui, bien qu'imparfait, est garanti par une égalité juridique au sein de la plupart des organisations intergouvernementales. Face à ces enjeux, l'OMS, en tant qu'instance multilatérale de discussion, n'a peut-être pas dit son dernier mot. Aussi, l'impact du phénomène de « privatisation » de l'Organisation mérite sans doute d'être nuancé au

⁶⁵ OMS, *Ressources humaines : informations actualisées*, EB150/45, *op. cit.*, p. 2.

⁶⁶ E. LAGRANGE et J.-M. SOREL (dir.), *op. cit.*, p. 525.

⁶⁷ D. DORMOY, *Introduction au droit des organisations internationales*, Bruxelles, Bruylant, 2020, p. 164 ; voir également S. BASDEVANT-BASTID, *La condition juridique des fonctionnaires internationaux*, Paris, Sirey, 1931, p. 53 et A. PELLET et D. RUZIE, *Les fonctionnaires internationaux*, Paris, PUF, 1993, p. 9.

⁶⁸ OMS, *Maladies non transmissibles*, https://www.who.int/fr/health-topics/cardiovascular-diseases/noncommunicable-diseases#tab=tab_1, consulté le 15 octobre 2022.

regard de plusieurs avancées en matière de santé publique obtenues au terme d'un douloureux bras de fer avec le secteur privé. Il en va ainsi du Code international de commercialisation des substituts au lait maternel publié en 1981 ou encore de la *Convention-Cadre de l'OMS pour la lutte anti-tabac* adoptée en 2003, textes qui ne peuvent être soupçonnés de collusion avec le secteur privé.

La compliance, une privatisation de la régulation ?

Gaëlle Hardy,

Professeur à l'Université des Antilles

« La règle d'airain du capitalisme libéral depuis le XIX^e siècle s'énonce en une maxime simple : le pouvoir aux irresponsables. Exprimée de façon plus juridique, c'est l'invention des sociétés de capitaux à responsabilité limitée qui a permis, sans le dire, cette inversion complète des valeurs morales. Avant, l'artisan boulanger qui empoisonnait ses clients pouvait être saisi sur ses biens propres ; après, les actionnaires de la société de boulangerie n'ont plus risqué que le prix du pétrin dans lequel ils ont investi. Alors que le libéralisme politique a toujours fait de la responsabilité le pendant nécessaire de la liberté, sa version économique, dans sa forme capitaliste, s'affranchissait de cette contrainte »¹.

S'il était jusqu'à présent possible d'adhérer à ces propos, l'émergence, mais surtout l'extension, de la compliance tend à les contredire, ou du moins à les nuancer².

Le terme anglais « compliance », utilisé tel quel en français ou sous la dénomination « conformité »³, renvoie, au sens littéral, à un « état des choses qui s'accordent, qui se trouvent en parfaite harmonie »⁴. Au sens juridique, la compliance rassemble les mécanismes introduits au sein d'une organisation – qu'il s'agisse d'une entreprise ou d'une association – afin d'assurer le respect des dispositions applicables, légales, réglementaires, voire éthiques, qui s'imposent à celle-ci, ainsi que pour prévenir l'ensemble des risques auxquels elle s'expose en cas de violation⁵. Très concrètement, la compliance consiste en la mise en place, par les opérateurs du marché eux-mêmes, d'instruments pour se conformer à la règle⁶.

¹ C. CLERC, « Devoir de vigilance : la *compliance*, de l'incomplétude à l'exonomie », *Revue de droit du travail*, n° 6, juin 2022, disponible sur : dalloz.fr.

² Il convient de noter que l'auteur de la présente contribution a encadré, au sein de la faculté de droit Jean-Monnet, de l'Université Paris-Saclay, un mémoire de recherche de Master 2, intitulé : *Régulation et compliance, une approche comparée entre l'Autorité de la concurrence et la Commission nationale de l'informatique et des libertés*. Certaines des réflexions de cette contribution font, ainsi, écho aux analyses présentes dans ce mémoire. Celui-ci a été rédigé par V. Barbieri. Afin d'obtenir son mémoire, ou pour toutes autres questions, il est possible de le contacter à l'adresse courriel suivante : vitorialbbarbieri@gmail.com.

³ Il convient, toutefois, de relever qu'il existe, dans la doctrine, des divergences quant à l'équivalence de ces termes : cf. B. DE JUVIGNY, « La compliance, bras armé de la régulation financière », in M.-A. FRISON ROCHE, *Régulation, Supervision, Compliance*, Paris, Dalloz, 2017, pp. 17-28. Nous ne souscrivons pas à cette opinion et considérons, dans le cadre de cette contribution, que les termes « compliance » et « conformité » sont synonymes.

⁴ *Dictionnaire Larousse*, « Conformité », disponible sur : larousse.fr.

⁵ Fiches d'orientation, « Compliance », Dalloz, 2021, disponible sur : dalloz.fr. Selon certains auteurs, la compliance trouve son origine dans la crise de 1929, causée par les actions de banques et d'institutions financières qui, si elles avaient été connues, auraient pu être évitées : cf. M.-A. FRISON ROCHE, « Compliance : avant, maintenant, après », 12 décembre 2017, disponible sur : mafr.fr, citée par V. BARBIERI, *Régulation et compliance, une approche comparée entre l'Autorité de la concurrence et la Commission nationale de l'informatique et des libertés*, Mémoire de Master 2, Faculté de droit Jean-Monnet, Université Paris-Saclay, 13 septembre 2022, p. 1. Afin d'obtenir ce mémoire, il est possible de contacter son auteur à l'adresse courriel suivante : vitorialbbarbieri@gmail.com.

⁶ M.-A. FRISON ROCHE, « Compliance : avant, maintenant, après », précité, citée par V. BARBIERI, *Régulation et compliance, une approche comparée entre l'Autorité de la concurrence et la Commission nationale de l'informatique et des libertés*, précité, p. 1 ; fiches d'orientation, « Compliance », précité. La compliance peut couvrir tous les domaines qui contiennent un risque pour les entreprises. Les thématiques suivantes mobilisent l'essentiel des politiques de compliance des entreprises : la lutte contre la corruption, les conflits d'intérêts, la protection des données, les pratiques anti-concurrentielles, la lutte contre la fraude ou encore la protection de l'environnement : cf. *ibid.*

Bien que la compliance n'ait rien de désintéressé, tant elle permet aux entreprises d'éviter les risques financiers, juridiques, voire réputationnels, auxquels elles s'exposent en enfreignant les règles qui leur sont applicables – coûts de procédure, de condamnation, d'indemnisation, etc.⁷ – elle repose, avant tout, sur une logique de responsabilisation des entreprises, mettant, ainsi, fin au « pouvoir des irresponsables » décrié ci-dessus⁸.

Cette logique d'une démarche interne, initiée par l'organisation elle-même, s'oppose, *prima facie*, à celle de la régulation⁹. Cette dernière est considérée, par une grande partie de la doctrine, comme :

« une fonction de la puissance publique qui tend à établir un compromis entre des objectifs et des valeurs économiques et non économiques, pouvant être antinomiques, dans le cadre d'un marché concurrentiel. La régulation impose ce compromis aux opérateurs de marché par des moyens juridiques. En d'autres termes, il s'agit de la fonction de la puissance publique visant à la satisfaction des besoins collectifs par des activités de nature économique sous un régime concurrentiel »¹⁰.

En d'autres termes, la régulation vise, pour la puissance publique – par l'intermédiaire, le plus souvent, d'autorités administratives indépendantes –, à établir et préserver, dans un secteur donné, un certain équilibre entre divers objectifs d'intérêt général¹¹.

Tandis que la régulation repose sur l'idée d'imposition, ou du moins de contrôle, par une autorité publique, donc extérieure aux entreprises, la compliance émane d'une démarche interne de la part de celles-ci, et ce quand bien même le législateur aurait imposé de façon sectorielle des mesures préventives de compliance¹². À cet égard, peut être citée la loi Sapin II et, plus précisément, son article 17, qui prévoit que :

« les présidents, les directeurs généraux et les gérants d'une société employant au moins cinq cents salariés, ou appartenant à un groupe de sociétés dont la société mère a son siège social en France et dont l'effectif comprend au moins cinq cents salariés, et dont le chiffre d'affaires ou le chiffre d'affaires consolidé est supérieur

⁷ Fiches d'orientation, « Compliance », précité. En préservant une entreprise des répercussions qu'une sanction peut engendrer, la compliance peut donc se révéler être un outil de compétitivité, une source de véritables avantages concurrentiels.

⁸ C. CLERC, « Devoir de vigilance : la *compliance*, de l'incomplétude à l'exonomie », précité.

⁹ Au sens littéral, le terme de régulation désigne « l'action de régler le fonctionnement de quelque chose » : cf. « régulation », in E. BAUMGARTNER et P. MENARD, *Dictionnaire étymologique et historique de la langue française*, Larousse, 2004, cité par V. BARBIERI, Régulation et compliance, une approche comparée entre l'Autorité de la concurrence et la Commission nationale de l'informatique et des libertés, précité, p. 2. Afin d'obtenir ce mémoire, il est possible de contacter son auteur à l'adresse courriel suivante : vitorialbbarbieri@gmail.com.

¹⁰ G. MARCOU, « La notion juridique de la régulation », *Actualité juridique de droit administratif*, 2006, p. 347.

¹¹ B. DU MARAIS, *Droit Public de la régulation*, Paris, Dalloz, 2004, pp. 548-564. La régulation est apparue dans la littérature économique du milieu du XX^{ème} siècle pour désigner l'intervention de l'État sur un marché lorsqu'un certain déséquilibre se produit : cf. R. BOYER, « Les institutions dans la théorie de la régulation », *Cahiers d'économie politique*, 2003, pp. 79-101, cité par V. BARBIERI, Régulation et compliance, une approche comparée entre l'Autorité de la concurrence et la Commission nationale de l'informatique et des libertés, précité, p. 2. La régulation a été rendue nécessaire lors des premières vagues de libéralisation des marchés dans les années 1980, insufflées par l'Union européenne, autrement dit lorsque certains secteurs, auparavant dominés par des monopoles d'État, ont été privatisés. La régulation, prise en charge par des autorités administratives indépendantes, visait alors à protéger la libre concurrence et l'intérêt public : cf. J.-M. SAUVE, « Compliance, droit public et juge administratif », Conseil économique, social et environnemental, Cycle de conférences, *Régulation, Supervision, Compliance*, 30 novembre 2016, disponible sur : conseil-etat.fr.

¹² J.-M. SAUVE, « Compliance, droit public et juge administratif », précité.

à 100 millions d'euros sont tenus de prendre les mesures destinées à prévenir et à détecter la commission, en France ou à l'étranger, de faits de corruption ou de trafic d'influence »¹³.

Si cette loi, en rendant obligatoire l'adoption de diverses mesures de compliance par les entreprises – comme la mise en place d'un code de conduite, d'un dispositif d'alerte interne, d'une cartographie des risques, de procédures d'évaluation de la situation des tiers, de procédures de contrôle comptable, de dispositifs de formation et d'un dispositif d'audit interne¹⁴ –, renforce le rôle de la prévention en droit français, faisant du devoir de vigilance un principe de gestion des entreprises, elle n'en renie pas moins le caractère purement interne de ces mesures de compliance. La prévention n'est plus faite par la puissance publique, mais bien par l'opérateur lui-même.

La compliance marquerait alors la fin de la régulation, du moins son progressif remplacement. Là où la compliance s'insinuerait, la régulation disparaîtrait¹⁵. Certains auteurs y perçoivent même l'émergence d'un « non-droit »¹⁶.

Plus qu'un abandon de la régulation, la compliance s'apparenterait davantage à une privatisation de la régulation. Rappelons-le, la privatisation connaît une double définition. Au sens strict, donné par la Constitution, elle désigne un « transfert de propriété [d'une] entreprise du secteur public au secteur privé »¹⁷. Au sens plus large, sur lequel se rejoignent la plupart des juristes, la privatisation rassemble toutes les actions susceptibles de « transférer ce qui est public au secteur privé »¹⁸. Ne se limitant pas à la cession de la propriété d'une entreprise publique, le terme de « privatisation »

¹³ Loi n° 2016-1691, du 9 décembre 2016, relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, *JORF* n° 0287, 10 décembre 2016, ci-après « Loi Sapin II ». La loi Sapin II diffuse l'approche compliance jusqu'ici réservée à quelques domaines précis de la régulation économique : cf. E. BREEN, « la 'compliance', une privatisation de la régulation ? », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, n° 2, 2019, p. 328.

¹⁴ Art. 17 de la Loi Sapin II.

¹⁵ Il convient, toutefois, de relever que la compliance s'est considérablement étendue en l'espace d'une dizaine d'années. Ainsi et « alors que les enjeux liés à la conformité sont longtemps restés cantonnés à une poignée de secteurs (la banque, l'industrie pharmaceutique, la construction, la défense) et aux entreprises soumises à des législations étrangères [...] la multiplication des lois et réglementations fixant de nouvelles exigences en la matière a drastiquement étendu le périmètre des entreprises et des matières concernées. Et alors que les références étaient à l'origine essentiellement anglo-saxonnes, ce sont désormais des dispositions légales et réglementaires françaises et européennes qui encadrent une grande partie des exigences actuelles » : cf. M. LARTIGUE, « La compliance, une fonction qui monte, qui », *Dalloz Actualité*, 13 mai 2022, disponible sur : dalloz.fr.

¹⁶ A. BONNIGAL, *Compliance et soft law en matière bancaire et financière*, Thèse de droit, Université de Nantes, dact., p. 271, disponible sur : archive.bu.univ-nantes.fr. L'auto-régulation se construirait « en marge de la loi » : cf. X. DIEUX, « Réflexions sur l'autorégulation en droit des sociétés et en droit financier », in X. DIEUX (dir.), *Droit, morale et marché*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 32, cité par A. BONNIGAL, *Compliance et soft law en matière bancaire et financière*, précité, p. 186.

¹⁷ Art. 34 de la Constitution française. La privatisation est le pendant de la notion de nationalisation d'entreprise définie comme l'appropriation unilatérale par l'État d'une entreprise privée : cf. art. 34 de la Constitution. La privatisation renvoie à l'opération de transfert au secteur privé de la majorité des actifs d'une entreprise qui relevait jusqu'alors du secteur public. Ce transfert peut prendre plusieurs formes : la cession de titres, l'échange, la fusion, la scission, l'émission d'actions ou d'obligations convertibles, ou encore la dissolution ou la liquidation. Pour une présentation approfondie de la notion de privatisation, au sens strict : cf. S. BRAMERET, « Privatisation d'entreprises », *JurisClasseur Propriétés publiques*, 1^{er} juillet 2020, disponible sur : lexis360.fr ; P. VALUET, « Privatisation et société privatisée », *Répertoire des sociétés*, avril 1999 (actualisation en novembre 2019), disponible sur : dalloz.fr.

¹⁸ C. PUIGELIER, *Dictionnaire juridique*, 3^{ème} édition, Bruxelles, Bruylant, 2020, p. 924

est « couramment employé pour caractériser toutes sortes d'évolutions affectant tant la gestion que le régime juridique [...] des activités publiques »¹⁹.

C'est au regard de cette seconde acception qu'il conviendrait d'envisager la compliance comme une forme de privatisation de la régulation. En effet, avec la compliance, la puissance publique ne serait plus chargée de maintenir un certain équilibre entre divers objectifs d'intérêt général, ne tendrait plus « à établir un compromis entre des objectifs et des valeurs économiques et non économiques »²⁰, ce rôle étant désormais dévolu à l'entreprise elle-même. La compliance « internalise[rait] dans l'organisation et le fonctionnement de certaines entreprises [...] des obligations structurelles [...] pour que [des] buts d'intérêts publics soient atteints »²¹.

Cependant, la compliance marque-t-elle véritablement une privatisation de la régulation ? La question mérite d'être ici posée. Si la compliance prend l'apparence d'une privatisation de la régulation (I), les régulateurs n'en sont pas totalement absents. Bien au contraire, ceux-ci maintiennent un dialogue constant avec les entreprises, favorisant ainsi l'émergence d'un droit de la régulation fondé sur une logique d'interaction. En ce sens, la compliance témoigne, en réalité, de la mise en place d'une régulation interactive, aussi appelée méta-régulation (II).

I. L'apparence de la privatisation

La conformité prend l'apparence d'une privatisation puisqu'elle revient pour les entreprises à « internaliser le devoir de rendre effectifs des 'buts monumentaux' que les Autorités de régulation ont formulés et [que] ces entreprises doivent rendre mondialement effectifs »²².

Pour ce faire, l'assujéti devient « l'agent de légalité »²³ et internalise²⁴ les pouvoirs qui sont habituellement octroyés aux régulateurs²⁵, qu'ils soient normatifs (A) ou matériels (B)²⁶.

¹⁹ S. BRAMERET, « Privatisation d'entreprises », précité, § 7.

²⁰ G. MARCOU, « La notion juridique de la régulation », précité, p. 347.

²¹ M.-A. FRISON ROCHE, « Du droit de la régulation au droit de la compliance », avril 2017, disponible sur : mafr.fr.

²² *Ibid.* À cet égard, il convient de noter que M.-A. Frison-Roche a dirigé un ouvrage collectif sur ce qu'elle nomme les « buts monumentaux » de la compliance, entendus les objectifs fondamentaux de la compliance : cf. M.-A. FRISON ROCHE (dir.), *Les buts monumentaux de la compliance*, Paris, Dalloz, 2022, 520 p. Cette intégration des buts monumentaux des régulateurs par les opérateurs de marché résulte soit d'une démarche volontaire, soit d'une obligation imposée par le législateur (cf. loi Sapin II susmentionnée).

²³ M.-A. FRISON ROCHE, « Du droit de la régulation au droit de la compliance », précité.

²⁴ Au sens strict, l'internalisation renvoie à la prise en charge, par les entreprises, des coûts secondaires – coûts causés à l'extérieur – résultant de son activité : cf. *Dictionnaire Le Robert*, « Internaliser », disponible sur : dictionnaire.lerobert.com. Au sens large, que nous retenons dans cette contribution, l'internalisation correspond à la prise en charge par les moyens propres des entreprises de tâches auparavant réalisées par des prestataires extérieurs, en l'occurrence les régulateurs.

²⁵ Pour une analyse approfondie des pouvoirs des autorités de régulation : cf. L. VILLABLANCE-HECKER, *Nouvelles formes de régulation et marchés financiers, Étude de droit comparé*, Thèse de doctorat en droit, Université Paris II – Panthéon-Assas, 2013, dact., pp. 107- 225.

²⁶ Cette distinction entre pouvoirs normatifs et pouvoirs matériels est également développée dans la thèse de doctorat rédigée par l'auteur de cette contribution : cf. G. HARDY, *L'euphémisation de la surveillance bancaire, Étude du mécanisme de surveillance unique (MSU) de l'Union bancaire*, Paris, Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie, LGDJ, 2021, pp. 175-227. Cette distinction est empruntée au droit des organisations internationales qui opère une classification des différents pouvoirs pouvant être confiés aux organisations internationales : cf. O. AUDEOUD, *La détermination des compétences des organisations internationales*, Thèse de

A. *L'internalisation des pouvoirs normatifs*

Les pouvoirs normatifs sont compris, ici, comme la capacité d'une autorité à édicter des normes pouvant guider le comportement des agents²⁷. La norme n'est alors plus seulement perçue comme un instrument obligatoire, mais, plus largement, comme un instrument de référence, un modèle qui vise à influencer les comportements.

En ce sens, les autorités de régulation publient régulièrement des actes non contraignants de *soft law*²⁸ afin d'encadrer la façon dont les opérateurs de marché doivent appliquer les normes prudentielles et les procédures qu'ils doivent suivre²⁹.

Dans le cadre de la compliance, ce pouvoir est repris par les entreprises. Dans leur programme de conformité, celles-ci « codifient » différents types de comportements susceptibles de caractériser des infractions³⁰. Ces programmes permettent de diffuser à l'intérieur de l'organisation les comportements proscrits. Tout comme les documents originellement édictés par les régulateurs, ceux des entreprises, qui prennent souvent la forme de codes de conduite, ne se limitent pas à reproduire les définitions légales des comportements proscrits en droit interne ou international³¹. Ils définissent les lignes directrices adaptées aux spécificités de l'organisation et des activités concernées³². Par exemple, dans le cadre de la lutte anti-corruption, les codes de conduite des entreprises :

« font d'une part l'effort de réguler des comportements qui pourraient échapper aux définitions légales de la corruption – telles que l'échange de petits cadeaux, les invitations, les paiements de facilitations, les conflits d'intérêts, le mécénat, le *sponsoring* ou le *lobbying* ; et d'autre part d'adopter une certaine souplesse permettant la réception de tels comportements lorsque la culture locale les considère comme une composante essentielle de la vie des affaires »³³.

Adoptant une logique similaire en matière de concurrence, les entreprises publient les positions qu'elles retiennent pour respecter les règles de concurrence qui leur sont applicables³⁴.

doctorat en droit, Université Paris I – Panthéon-Sorbonne, 1982, XL IX-693 p. ; J.-M. DEHOUSSE, *Les organisations internationales, Essai de théorie générale*, Liège. P. GOTHIER, 1968, pp. 94-99.

²⁷ Cette conception des pouvoirs normatifs est développée dans la thèse de doctorat rédigée par l'auteur de cette contribution : cf. G. HARDY, *L'eupéanisation de la surveillance bancaire, Étude du mécanisme de surveillance unique (MSU) de l'Union bancaire*, précité, pp. 219-227. Cette acception est empruntée à C. Thibierge : cf. C. THIBIERGE, *La force normative : Naissance d'un concept*, Paris, LGDJ ; Bruxelles, Bruylant, 2009, XIII-891 p.

²⁸ La *soft law* renvoie aux actes juridiques non contraignants qui exercent une influence sur leur destinataire. Selon la commission de terminologie et de néologie en matière juridique, la *soft law* comme regroupe « trois sortes de droit : droit flou (sans précision), droit doux (sans obligation), droit souple (sans sanction) » : cf. Commission de terminologie et de néologie en matière juridique du Ministère français de la justice, *Rapport quadriennal 2003-2007*, p. 8, disponible sur : justice.gouv.fr.

²⁹ En ce sens, ils correspondent à un pouvoir de direction dont les régulateurs disposent sur les opérateurs de marché. Cela a été démontré par l'auteur de cette contribution dans sa thèse de doctorat : cf. G. HARDY, *L'eupéanisation de la surveillance bancaire, Étude du mécanisme de surveillance unique (MSU) de l'Union bancaire*, précité, pp. 497-504 et pp. 519-525.

³⁰ L. D'AMBROSIO, « L'implication des acteurs privés dans la lutte contre la corruption : un bilan en demi-teinte », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, n° 1, 2019, disponible sur : dalloz.fr.

³¹ *Ibid.*

³² *Ibid.*

³³ *Ibid.*

³⁴ Autorité de la concurrence (ADLC), « Document-cadre du 24 mai 2022 sur les programmes de conformité aux règles de concurrence », 24 mai 2022, § 29 et 30, disponible sur : autoritedelaconcurrence.fr. Pour une présentation de et une réflexion sur ce document de l'ALDC : cf. V. BARBIERI, *Régulation et compliance, une approche comparée entre l'Autorité de la concurrence et la Commission nationale de l'informatique et des*

L'usage de ces pouvoirs normatifs par les entreprises :

« contribue [...] d'un côté au rayonnement des incriminations [...] à l'échelle globale et de l'autre à la modulation de leur fonction expressive en fonction des différents horizons géographiques et culturels ouverts par le marché. À cette fin, [les normes édictées par les entreprises] [...] s'intéressent moins à la matérialité qu'aux valeurs que la règle [...] véhicule et protège. Ainsi, l'incrimination se retrouve-t-elle enrichie, presque métamorphosée, par ses usages »³⁵.

La conformité ne se limite pas, pour les entreprises, à s'emparer des pouvoirs normatifs des régulateurs, en amenant à caractériser les comportements proscrits, mais les amène également à faire usage des pouvoirs matériels de ceux-ci.

B. *L'internalisation des pouvoirs matériels*

Les pouvoirs matériels des régulateurs sont entendus comme tous ceux qui permettent aux régulateurs d'exercer différentes activités opérationnelles³⁶. Ils sont scindés entre pouvoirs préventifs, exercés avant une violation afin de préserver le bon fonctionnement du secteur réglementé, et pouvoirs coercitifs, utilisés pour contraindre un contrevenant à se conformer à la réglementation qui lui est applicable.

Avec la conformité, les entreprises se saisissent du pouvoir préventif, de recueil d'informations, des régulateurs. Elles récoltent l'information pertinente, « celle dont l'autorité publique a besoin pour satisfaire le but monumental dont celle-ci juge l'effectivité nécessaire »³⁷. Elles devront, à ce titre, extraire et conserver l'information – procédure du *reporting* –³⁸. Les régulateurs apparaissent comme les « spectateur[s] des diligences mondiales que l'opérateur, en tant qu'il est le détenteur mondial des informations mondiales pertinentes, doit se mettre en mesure de faire. Le rôle d[es] Régulateur[s] évolue : il[s] ne [font] plus, il[s] regarde[nt] faire »³⁹. L'exercice d'un tel pouvoir préventif par les entreprises permet de pallier les asymétries d'informations entre les régulateurs et les régulés. La doctrine reconnaît, assez unanimement, le fossé existant entre les informations détenues par les seconds et celles dont disposent les premiers⁴⁰. Les informations soumises dans le cadre des obligations de déclaration standard des entités ne sont parfois pas suffisantes pour permettre une évaluation exhaustive des risques intrinsèques auxquels elles sont exposées ou pour détecter d'éventuelles violations des exigences prudentielles qui leur sont imputables⁴¹.

Outre ce pouvoir informationnel, les entreprises peuvent également être dotées du pouvoir d'investigation des régulateurs, afin de détecter d'éventuelles infractions.

libertés, précité, pp. 26-32 et pp. 47-50. Afin d'obtenir ce mémoire, il est possible de contacter son auteur à l'adresse courriel suivante : vitorialbbarbieri@gmail.com.

³⁵ L. D'AMBROSIO, « L'implication des acteurs privés dans la lutte contre la corruption : un bilan en demi-teinte », précité.

³⁶ Cette distinction entre pouvoirs normatifs et pouvoirs matériels est également développée dans la thèse de doctorat rédigée par l'auteur de cette contribution : cf. G. HARDY, *L'euphémisation de la surveillance bancaire. Étude du mécanisme de surveillance unique (MSU) de l'Union bancaire*, précité, pp. 175-219.

³⁷ M.-A. FRISON ROCHE, « Du droit de la régulation au droit de la compliance », précité.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ J. GREN, *The Capacity for Compliance within EU Multilevel Administration: The Case of the Banking Union's Single Supervisory Mechanism (SSM)*, Thèse de doctorat en sciences politiques, Université du Luxembourg, 8 janvier 2018, dact., p. 175.

⁴¹ *Ibid.*

Plusieurs techniques sont mises en place par les opérateurs de marché. En premier lieu, la cartographie des risques consiste en « une documentation régulièrement actualisée et destinée à identifier, analyser et hiérarchiser les risques d'exposition de la société [...], en fonction notamment des secteurs d'activités et des zones géographiques dans lesquels la société exerce son activité »⁴². En deuxième lieu, la pratique des enquêtes internes permet d'investiguer sur des soupçons de fraude d'un salarié ou des dysfonctionnements internes⁴³. Certains auteurs ont même considéré que la loi Sapin II, en enjoignant les entreprises à élaborer un programme interne de conformité visant à prévenir la réalisation d'actes de corruption, leur avait « impos[é] une obligation analogue à celle incombant au ministère public au titre de l'article 39-2 du code de procédure pénale. Elles en supportent, du reste, les coûts de mise en œuvre »⁴⁴. Autrement dit, « plutôt que d'accroître les moyens de la justice pénale, le législateur a fait le choix, à l'instar des modèles étrangers et notamment ceux des pays de *common law*, de reporter sur [ces] entreprises le coût de détection de ces infractions, particulièrement difficiles à établir »⁴⁵. En troisième lieu, les entreprises peuvent également instituer un dispositif d'alerte interne permettant de mettre en exergue un comportement contraire aux codes de conduite, sur la logique du lanceur d'alerte⁴⁶.

Enfin, les entreprises peuvent également faire usage du pouvoir répressif des régulateurs en se sanctionnant elles-mêmes, *via* l'introduction de procédures disciplinaires⁴⁷. En matière de concurrence, les entreprises doivent prévoir un mécanisme de suivi efficace comprenant une procédure des alertes, mais aussi et surtout, les sanctions applicables en cas de violation de leur politique⁴⁸. Ce pouvoir répressif peut également prendre la forme de la conclusion d'une convention avec les autorités de régulation. Afin d'éviter le risque d'une condamnation lourde de conséquences, les entreprises leur livrent les éléments d'information relatifs aux pratiques infractionnelles, reconnaissent les faits, s'acquittent d'une pénalité financière et s'engagent à modifier leur comportement pour l'avenir, en instituant des programmes de conformité. La mise en place d'une convention judiciaire d'intérêt public (CJIP), prévue par le droit français, en est une

⁴² S. BRIHI et A. BOUSQUET, « Les nouveaux enjeux de la privatisation du procès pénal », *Revue des juristes de Sciences Po*, n° 20, février 2021, disponible sur : [lexis360.fr](https://www.lexis360.fr). La cartographie des risques ne se limite pas à la lutte contre la corruption. Elle est également utilisée aux fins de protection des données personnelles. En effet, les entreprises doivent élaborer une cartographie des risques identifiant précisément les traitements de données effectués et leurs éventuelles contrariétés avec les obligations imposées par le règlement européen sur la protection des données (*cf.* règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil, du 27 avril 2016, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive (CE) 95/46, JO L 119, 4 mai 2016, pp. 1-88, ci-après « règlement RGPD ») : *cf.* Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), « RGPD – Se préparer en 6 étapes », disponible sur : [cnil.fr](https://www.cnil.fr). Pour une présentation de cette cartographie : *cf.* V. BARBIERI, *Régulation et compliance, une approche comparée entre l'Autorité de la concurrence et la Commission nationale de l'informatique et des libertés*, précité, pp. 30-31. Afin d'obtenir ce mémoire, il est possible de contacter son auteur à l'adresse courriel suivante : vitorialbbarbieri@gmail.com.

⁴³ S. BRIHI et A. BOUSQUET, « Les nouveaux enjeux de la privatisation du procès pénal », précité.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ M.-A. FRISON ROCHE, « Du droit de la régulation au droit de la compliance », précité.

⁴⁸ ADLC, « Document-cadre du 24 mai 2022 sur les programmes de conformité aux règles de concurrence », précité, § 36 à 39. Pour une présentation de et une réflexion sur ce document de l'ALDC : *cf.* V. BARBIERI, *Régulation et compliance, une approche comparée entre l'Autorité de la concurrence et la Commission nationale de l'informatique et des libertés*, précité, pp. 26-32 et pp. 47-50. Afin d'obtenir ce mémoire, il est possible de contacter son auteur à l'adresse courriel suivante : vitorialbbarbieri@gmail.com.

illustration⁴⁹. La CJIP permet d'imposer à la personne morale plusieurs obligations, tels le versement d'une amende d'intérêt public au Trésor public, l'imposition d'un programme de mise en conformité et l'obligation de réparation du préjudice causé à la victime ou du préjudice écologique, en contrepartie d'une condamnation moins pénalisante pour l'entreprise qu'un jugement de condamnation pénale⁵⁰.

En ce sens, la compliance fait tomber la barrière entre le public et le privé, en permettant aux acteurs du second d'user des pouvoirs de ceux appartenant au premier. Toutefois, si elle apparaît comme une alternative, du moins comme un appui, au monopole étatique dans l'application des règles, les régulateurs n'en sont pas totalement absents⁵¹. Croire que la compliance marque une privatisation complète de la régulation occulte le rôle, désormais primordial, que jouent les régulateurs en son sein, en conservant un dialogue constant avec les entreprises. Il serait, dès lors, plus juste de parler de méta-régulation.

II. La réalité de la méta-régulation

L'intervention des régulateurs dans la compliance renvoie à un phénomène appelé la « méta-régulation »⁵². Cette dernière repose sur l'établissement de mécanismes de gouvernance créant des interactions entre les régulateurs et les régulés⁵³. Une relation de coopération s'établit entre les premiers et les seconds, « la régulation classique et la méta-régulation, associée à l'autorégulation, agiss[ant] en convergence de buts, avec un effet de renforcement mutuel entre elles »⁵⁴. Très concrètement, la méta-régulation, ou régulation interactive, incite les régulateurs à s'appuyer sur les opérateurs du marché⁵⁵.

Telle est bien la logique retenue aujourd'hui par de nombreux régulateurs. Ces derniers construisent des interactions avec les entreprises, en faisant usage de leurs pouvoirs tant normatifs (A), que matériels (B).

A. L'interaction par les pouvoirs normatifs

Si chaque programme de conformité doit être fait sur-mesure, c'est-à-dire adapté à chaque entreprise, les régulateurs n'hésitent pas à utiliser leurs pouvoirs normatifs, et plus précisément, celui qui les autorise à prendre des actes de *soft law* pour donner aux entreprises plusieurs indications afin d'élaborer de bons programmes de conformité. Bien que la force contraignante des pouvoirs normatifs des régulateurs soit débattue, l'autorité dont disposent ceux-ci leur donne un caractère non simplement indicatif, mais

⁴⁹ Art. 15 de la loi n° 2020-1672, du 24 décembre 2020, relative au Parquet européen, à la justice environnementale et à la justice pénale spécialisée, *JORF* n° 312, 26 décembre 2020. Cette loi modifie l'article Art. 41-1-3 du Code de procédure pénale.

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ M. GOMES SCHAPIRO et S. MARINHO, « Compliance Concorrencial Cooperação Regulatória na Defesa da Concorrência? », *RIL*, 2016, p. 276, cité par V. BARBIERI, *Régulation et compliance, une approche comparée entre l'Autorité de la concurrence et la Commission nationale de l'informatique et des libertés*, précité, p. 40. Afin d'obtenir ce mémoire, il est possible de contacter son auteur à l'adresse courriel suivante : vitorialbbarbieri@gmail.com.

⁵² *Ibid.*

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ Cette notion de méta-régulation est relativement proche de celle de co-régulation, laquelle renvoie au partage de la surveillance d'un secteur entre acteurs privés et publics du secteur : cf. A. BONNIGAL, *Compliance et soft law en matière bancaire et financière*, précité, p. 186. La co-régulation se conçoit « par le prisme de ses acteurs qui s'accordent pour agir ensemble ou bien séparément, par délégation aux acteurs privés de la réalisation d'objectifs définis par l'autorité publique » : cf. *ibid.*

quasi contraignant⁵⁶. Le Conseil d'État l'a lui-même confirmé. Par deux arrêts de 2016, Société Numéricable⁵⁷ et Société Fairvesta⁵⁸, et un arrêt de 2020, GISTI⁵⁹, il a admis que la *soft law* des régulateurs est « de nature à produire des effets notables » sur ses destinataires et a, par conséquent, accepté de les contrôler par la voie de l'excès de pouvoir.

Tout d'abord, et sans pour autant ajouter de nouvelles règles auxquelles doivent se conformer les opérateurs de marché, ce rôle étant dévolu au législateur, les régulateurs, en édictant des actes de *soft law*, livrent leur interprétation desdites législations. Ces actes adoptés par les régulateurs encadrent la marge de manœuvre des entreprises, en précisant la façon dont elles doivent appliquer la réglementation en vigueur et les procédures qu'elles doivent suivre⁶⁰. Ces actes normatifs, s'ils prennent des dénominations souvent variées – avis, guide, orientations, lignes directrices – fournissent une méthodologie pour connaître les exigences légales et procédurales⁶¹. Ils deviennent, en ce sens, des références qui sont ensuite reprises par les opérateurs de marché dans leur programme de compliance. Tel est, par exemple, le cas des cadres de référence produits par la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL). Ceux-ci permettent « de guider les organismes dans la mise en conformité de leur traitement »⁶². Ils assurent l'effectivité des outils de compliance des entreprises, désormais aptes à évaluer la portée, la clarté et finalement l'intelligibilité de la norme imposée⁶³. La reprise de cette *soft law* dans les programmes de compliance des entreprises apparaît d'autant plus probable que ce sont les régulateurs eux-mêmes qui contrôlent le bon respect de la réglementation applicable – qui sanctionnent, effectuent des contrôles ou donnent des autorisations –⁶⁴.

À l'aide de leur pouvoir de *soft law*, les régulateurs ont également élaboré plusieurs documents qui permettent d'identifier les principaux points à intégrer dans un

⁵⁶ En ce sens, ils correspondent à un pouvoir de direction dont les régulateurs disposent sur les opérateurs de marché. Cela a été démontré par l'auteur de cette contribution dans sa thèse de doctorat : cf. G. HARDY, *L'euphémisation de la surveillance bancaire, Étude du mécanisme de surveillance unique (MSU) de l'Union bancaire*, précité, pp. 497-504 et pp. 519-525. Par ailleurs, la doctrine, foisonnante sur ce sujet, n'a cessé de mettre en exergue la contrainte exercée par la *soft law*. Pour un ouvrage collectif sur la *soft law*, sur ses fondements et sa portée : cf. P. DEUMIER et J.-M. SOREL (dir.), *Regards croisés sur la soft law en droit interne, européen et international*, Paris, LGDJ, 2018, 496 p.

⁵⁷ Conseil d'État (CE), 21 mars 2016, *Société NC Numericable*, n° 390023.

⁵⁸ CE, 21 mars 2016, *Société Fairvesta International GMBH et autres*, n° 368082.

⁵⁹ CE, 12 juin 2020, *GISTI*, n° 418142.

⁶⁰ Cela a été démontré par l'auteur de cette contribution dans sa thèse de doctorat : cf. G. HARDY, *L'euphémisation de la surveillance bancaire, Étude du mécanisme de surveillance unique (MSU) de l'Union bancaire*, précité, pp. 497-504 et pp. 519-525.

⁶¹ Les sites internet des différentes autorités de régulation regroupent plusieurs publications à vocation pédagogique, tels que des études, des guides, ainsi que des vidéos et des graphiques destinés notamment aux entreprises. Pour une présentation de et une réflexion sur la *soft law* adoptée par l'ALDC et la CNIL : cf. V. BARBIERI, *Régulation et compliance, une approche comparée entre l'Autorité de la concurrence et la Commission nationale de l'informatique et des libertés*, précité, pp. 26-32 et pp. 47-50. Afin d'obtenir ce mémoire, il est possible de contacter son auteur à l'adresse courriel suivante : vitorialbbarbieri@gmail.com.

⁶² CNIL, « Les cadres de référence », disponible sur : cnil.fr.

⁶³ M. GALLAND, « Le contrôle par le Régulateur de l'effectivité des instruments de compliance mis en place par l'entreprise », in M.-A. FRISON ROCHE (dir.), *Les outils de la Compliance*, Paris, Dalloz, 2021, p. 323, cité par V. BARBIERI, *Régulation et compliance, une approche comparée entre l'Autorité de la concurrence et la Commission nationale de l'informatique et des libertés*, précité, p. 27. Afin d'obtenir ce mémoire, il est possible de contacter son auteur à l'adresse courriel suivante : vitorialbbarbieri@gmail.com.

⁶⁴ V. BARBIERI, *Régulation et compliance, une approche comparée entre l'Autorité de la concurrence et la Commission nationale de l'informatique et des libertés*, précité, p. 27. Afin d'obtenir ce mémoire, il est possible de contacter son auteur à l'adresse courriel suivante : vitorialbbarbieri@gmail.com.

programme de compliance. Les régulateurs fixent, ainsi, des normes minimales à incorporer dans les programmes des entreprises⁶⁵.

L'importance de ces documents s'illustre dans le fait que les entreprises elles-mêmes exigent leur élaboration⁶⁶. À cet égard, il convient de rappeler que de 2017 à 2022, l'Autorité de la concurrence (ADLC) n'avait pas élaboré de guide en matière de conformité⁶⁷. Afin de contrer ce vide juridique, les entreprises ont, pendant ces cinq années, vivement réclamé la création d'un nouveau document⁶⁸. En 2022, l'ADLC a déterminé, de manière très précise, les cinq éléments principaux que doivent contenir les programmes de conformité des entreprises⁶⁹.

Outre leurs pouvoirs normatifs, les pouvoirs matériels des régulateurs peuvent également favoriser la création de ponts entre compliance et régulation.

B. *L'interaction par les pouvoirs matériels*

Les régulateurs disposent de deux catégories de pouvoirs matériels, la première rassemblant les pouvoirs préventifs, la seconde regroupant les pouvoirs coercitifs. Cependant, tous sont utilisés pour interférer dans les pratiques de compliance des entreprises.

Peuvent, tout d'abord, être citées au sein des pouvoirs préventifs, les procédures de consultations publiques, lesquelles nécessitent, pour les régulateurs, de demander l'avis des opérateurs de marché. Par exemple, le nouveau guide de l'ADLC sur les programmes de conformité a été pris après plusieurs consultations publiques⁷⁰.

Le pouvoir de certification témoigne également de la mise en place d'une relation plus directe entre les régulateurs et les entreprises⁷¹. La certification consiste à attester de la conformité d'un produit, d'un service, d'un processus⁷². La CNIL dispose d'un pouvoir de certification propre. Elle peut certifier, au sein d'une entreprise, une personne, appelée « *Data Compliance Officer* (DPO) », chargée de la protection des données personnelles et, par extension, des rapports avec la CNIL⁷³. Des certificats peuvent

⁶⁵ L. D'AMBROSIO, « L'implication des acteurs privés dans la lutte contre la corruption : un bilan en demi-teinte », précité. Pour une présentation de et une réflexion sur la *soft law* adoptée par l'ADLC et la CNIL : cf. V. BARBIERI, *Régulation et compliance, une approche comparée entre l'Autorité de la concurrence et la Commission nationale de l'informatique et des libertés*, précité, pp. 26-32 et pp. 47-50. Afin d'obtenir ce mémoire, il est possible de contacter son auteur à l'adresse courriel suivante : vitorialbbarbieri@gmail.com.

⁶⁶ ADLC, « L'Autorité publie un nouveau document-cadre sur les programmes de conformité aux règles de concurrence », 24 mai 2022, disponible sur : autoritedelaconcurrence.fr

⁶⁷ V. BARBIERI, *Régulation et compliance, une approche comparée entre l'Autorité de la concurrence et la Commission nationale de l'informatique et des libertés*, précité, p. 47. Afin d'obtenir ce mémoire, il est possible de contacter son auteur à l'adresse courriel suivante : vitorialbbarbieri@gmail.com.

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ Pour une présentation de et une réflexion sur les cinq éléments de conformité développés par l'ADLC : cf. V. BARBIERI, *Régulation et compliance, une approche comparée entre l'Autorité de la concurrence et la Commission nationale de l'informatique et des libertés*, précité, pp. 26-32 et pp. 47-50. Afin d'obtenir ce mémoire, il est possible de contacter son auteur à l'adresse courriel suivante : vitorialbbarbieri@gmail.com.

⁷⁰ ADLC, « L'Autorité publie un nouveau document-cadre sur les programmes de conformité aux règles de concurrence », précité.

⁷¹ V. BARBIERI, *Régulation et compliance, une approche comparée entre l'Autorité de la concurrence et la Commission nationale de l'informatique et des libertés*, précité, p. 33. Afin d'obtenir ce mémoire, il est possible de contacter son auteur à l'adresse courriel suivante : vitorialbbarbieri@gmail.com.

⁷² CNIL, « La certification », disponible sur : cnil.fr.

⁷³ CNIL, « Certification des compétences du DPO », disponible sur : cnil.fr. Pour une présentation du rôle du DPO : cf. CNIL, *Guide pratique RGPD, Délégués à la protection des données*, 53 p., disponible sur : cnil.fr.

également être accordés par la CNIL aux codes de conduite des opérateurs, lui permettant, dès lors, d'harmoniser les pratiques des entreprises au niveau de leur secteur d'activité⁷⁴.

Enfin, les régulateurs peuvent user de leur pouvoir de sanction pour punir les violations, pour dissuader d'autres violations – l'anticipation de la sanction amenant les entreprises à observer la règle – mais également, et désormais, pour développer les pratiques de conformité des entreprises et, ainsi, maintenir un lien constant avec les régulateurs. En février 2012, afin d'encourager l'adoption de programmes de conformité, l'ADLC a introduit dans son système de sanctions, la possibilité de réduire l'amende des entreprises qui s'engageaient à mettre en œuvre ou à améliorer des programmes de conformité axés sur la question de la concurrence⁷⁵. Lorsqu'une entreprise acceptait cette proposition, le programme de conformité devenait obligatoire et il appartenait à l'ADLC de vérifier son application effective et, en conséquence, de prolonger ses liens avec l'entreprise.

Quels que soient les pouvoirs dont usent les régulateurs afin d'intervenir en matière de compliance, une chose demeure certaine : ils entendent désormais construire une régulation interactive, fondée sur des échanges constants avec les régulés.

La compliance a, dès lors, transformé la régulation en la méta-régulation – devrait-on peut-être penser qu'elle a été transcendée par celle-ci –. Ainsi, « le dialogue de ceux et avec ceux auxquels [la méta-régulation] est destinée, peut retrouver et réinventer sa légitimité face à ceux, et parfois avec ceux-là mêmes qu'elle prétend régir »⁷⁶. La méta-régulation fait entrer les États dans « l'ère des démocraties dialogiques », la légitimité des régulateurs reposant sur les échanges constants qu'ils maintiennent avec la société civile⁷⁷.

⁷⁴ Conformément à l'article 40, paragraphe 5, du règlement RGPD, le code de conduite d'une organisation peut être soumis à l'analyse de l'autorité nationale compétente. Pour une présentation de cette procédure : cf. CNIL, « Comment faire approuver un code de conduite », disponible sur : cnil.fr.

⁷⁵ ADLC, « Document-cadre du 10 février 2012 sur les programmes de conformité aux règles de concurrence », 2012, disponible sur : autoritedelaconcurrence.fr. Pour une présentation de et une réflexion sur l'usage de ces sanctions par l'ADLC : cf. V. BARBIERI, *Régulation et compliance, une approche comparée entre l'Autorité de la concurrence et la Commission nationale de l'informatique et des libertés*, précité, pp. 35-37 et 50-51. Afin d'obtenir ce mémoire, il est possible de contacter son auteur à l'adresse courriel suivante : vitorialbbarbieri@gmail.com.

⁷⁶ G. TIMIST, « Normativité et régulation », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 21, 2006, p. 2.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 4.

Les réseaux sociaux ou la privatisation de l'espace informationnel en ligne

Florence G'Sell,

Professeur de droit privé, Université de Lorraine

Au printemps 2022, l'annonce, par le réseau social Twitter, de son rachat par l'entrepreneur Elon Musk¹ a suscité de nombreuses réactions, la plupart d'inquiétude. En effet, Musk a, très tôt, dénoncé la politique de modération de Twitter, qu'il accuse de pratiquer une « censure qui va bien au-delà de la loi » (« *censorship that goes far beyond the law* ») et dont il veut corriger le « fort parti pris de gauche » (« *strong left-wing bias* »)². Se présentant comme un défenseur de la liberté d'expression, Musk a déclaré vouloir faire du réseau social un espace de liberté politiquement neutre et fonctionnant comme une « place publique numérique » (« *digital town square* ») offrant un forum de libre expression où chacun est bienvenu. A ses yeux, les limites à la liberté de s'exprimer en ligne ne peuvent découler que de la loi : « Par « liberté d'expression », je veux simplement dire ce qui correspond au droit. Je suis hostile à une modération [« *censorship* »] qui irait bien au-delà du droit. Si le peuple veut moins de liberté d'expression, il demandera au gouvernement de faire adopter des lois à cette fin. C'est pourquoi aller au-delà du droit est contraire à la volonté du peuple »³. Elon Musk a récemment rappelé, en la nuancant, sa position et précisé que Twitter « ne peut évidemment pas devenir un paysage infernal où tout peut être dit sans conséquences. En plus de respecter les lois nationales, notre plateforme doit être chaleureuse et accueillante pour tous »⁴. En octobre 2022, après de multiples rebondissements⁵, Elon Musk a effectivement pris le contrôle de Twitter et s'est désormais attelé à une réforme en profondeur des modalités de fonctionnement de la plateforme.

En France, et, plus largement, en Europe, nombreux sont ceux qui ont pris position pour exprimer leur appréhension face aux positions affirmées d'Elon Musk. Une tribune parue dans *le Monde* le 3 mai 2022 et signée par un collectif de personnalités a souligné que le nouveau propriétaire de Twitter devra, quelles que soient ses idées sur la liberté d'expression, se conformer à la loi française⁶. La tribune a ainsi rappelé que le droit français sanctionne pénalement les discours racistes, antisémites, sexistes, anti-LGBT et tout ce qui est, de manière générale, attentatoire à la dignité humaine. De leur côté, les autorités européennes n'ont cessé de rappeler à Musk qu'il doit gérer la plateforme dans le respect des textes européens. Thierry Breton, le commissaire européen au marché intérieur, a, dès l'annonce de l'acquisition, mis en garde Elon Musk quant à l'obligation de respecter le droit de l'Union européenne⁷, à commencer par le récent règlement *Digital Services Act*, avant de se rendre au siège de Tesla à Austin (Texas)

¹ « Elon Musk acquires Twitter for roughly \$44 billion », *The Washington Post*, 25 avril 2022.

² Tweets du 9 mai 2022.

³ « By “free speech”, I simply mean that which matches the law. I am against censorship that goes far beyond the law. If people want less free speech, they will ask government to pass laws to that effect. Therefore, going beyond the law is contrary to the will of the people », Tweet d'Elon MUSK en date du 26 avril 2022.

⁴ « Twitter obviously cannot become a free-for-all hellscape, where anything can be said with no consequences! In addition to adhering to the laws of the land, our platform must be warm and welcoming to all », Tweet du 27 octobre 2022.

⁵ « Elon Musk vs Twitter : all the news about one of the biggest, messiest tech deals ever », *The Verge*, 4 octobre 2022.

⁶ « M. Musk, nous ne tolérerons aucune atteinte au socle républicain et démocratique, ni aucun relâchement vis-à-vis des discours de haine », *Le Monde*, 3 mai 2022.

⁷ « EU warns Elon Musk over Twitter moderation plans », *Financial Times*, 26 avril 2022.

afin d'avoir un échange de vive voix. Dans une vidéo dont certains ont dit qu'elle ressemblait à une « vidéo de prise d'otage »⁸, Musk affirme qu'il est en accord avec les obligations prévues par le *Digital Services Act* et assure à Thierry Breton : « je suis d'accord avec tout ce que vous avez dit, vraiment ». Plus récemment, Margerethe Vestager a insisté sur les sanctions très lourdes prévues par règlement européen et déclaré qu'Elon Musk pourrait être longtemps hanté par les conséquences très sérieuses d'un non-respect du droit de l'Union européenne⁹.

Il y a, effectivement, de quoi être troublé de constater que la simple prise de contrôle d'un réseau social par un nouvel actionnaire peut avoir des conséquences considérables sur la façon dont les informations sont présentées aux internautes sur la plateforme. La faculté d'intervenir sur les contenus se trouve entre les mains de quelques entreprises privées à but lucratif généralement pilotées de manière verticale par des dirigeants médiatisés qui, à l'instar d'Elon Musk ou Mark Zuckerberg (Meta), détiennent la majorité du pouvoir de décision de l'entreprise¹⁰, et auxquels on prête parfois des ambitions politiques. Dans un article de référence, Jack Balkin¹¹, a mis en évidence l'évolution, au cours des trente dernières années, de la manière dont la liberté d'expression est encadrée. Alors qu'au XX^e siècle, deux types d'acteurs principaux, les États-nations et les personnes qui s'expriment, encadraient la liberté d'expression, le modèle qui s'impose au XXI^e siècle est pluraliste. La situation actuelle, dit Balkin, peut être modélisée sous la forme d'un triangle : à l'un des angles se trouvent les États-nations et l'Union européenne, à l'autre se trouvent les plateformes, et au dernier angle se trouvent les utilisateurs, les organisations de la société civile, les médias traditionnels, les trolls et les pirates informatiques. Dans ce cadre, les réseaux sociaux ont développé des systèmes complexes de gouvernance privée des discours et des contenus, qu'ils imposent à leurs utilisateurs mais aussi aux États, tout en rendant possibles toutes sortes de comportements nuisibles : désinformation, discours de haine, appels à la violence.

L'émergence du pouvoir de ces entreprises, qui jouent désormais un rôle de « tiers pouvoir » entre l'État et les utilisateurs, leur influence sur l'information des citoyens et le fait que les réseaux sociaux constituent désormais le lieu incontournable où se forgent les opinions publiques à l'échelle du monde, conduit à une situation problématique. S'il arrive qu'on leur attribue un rôle quasi-étatique¹², c'est sans les garanties démocratiques propres aux États de droit. Bien au contraire, ces entreprises ne sont en rien responsables devant les citoyens, alors même qu'elles imposent à leurs utilisateurs des conditions d'utilisation dans lesquelles elles déterminent discrétionnairement les contenus qu'elles tolèrent ou rejettent, indépendamment des législations nationales. Tel est, précisément, ce que conteste Elon Musk, selon qui de telles entreprises privées et centralisées ne sont pas légitimes à décider de ce qui peut ou non être dit en ligne. Ce pouvoir écrasant avait également choqué un certain nombre de responsables européens

⁸ E. DOUEK, « The cold dose of reality awaiting Elon Musk », *The Atlantic*, 1^{er} novembre 2022.

⁹ NPR, « Top European official: if Twitter ignores the law, penalties will "haunt" Elon Musk », 31 octobre 2022.

¹⁰ A. PIQUARD, « "Facebook fonctionne comme une dictature" : le grand pouvoir de Mark Zuckerberg contesté à l'AG du réseau social », *Le Monde*, 30 mai 2019.

¹¹ J.M. BALKIN, « Free Speech is a Triangle », *Columbia Law Review*, 2011, vol. 118, n°7.

¹² H. FARRELL, M. LEVI et T. O'Reilly, « Mark Zuckerberg runs a nation-state, and he's the king », *Vox*, 10 avril 2018.

lorsque les principaux réseaux sociaux américains avaient décidé de suspendre les comptes de Donald Trump dans la foulée des événements du Capitole¹³.

La privatisation de l'espace informationnel en ligne se joue, en réalité, à deux niveaux. Liées par les législations étatiques encadrant la liberté d'expression, les plateformes sont, de fait, celles qui sont, en tout premier lieu, chargées de faire respecter la loi sur les réseaux puisqu'elles ont la maîtrise de l'infrastructure. Elles sont ainsi les principales responsables de la lutte contre les contenus illicites (I). Dans le même temps, les plateformes sont en mesure de décider, de manière totalement discrétionnaire, de refuser certains contenus, et peuvent de ce fait porter atteinte à la liberté d'expression (II).

I. Les plateformes et l'illicite

Maîtresses de l'architecture, donc de la manière dont les contenus sont présentés aux utilisateurs et ensuite modérés, les plateformes constituent, de fait, le principal maillon de la lutte contre l'illicite en ligne (A). Mais elles ont également le loisir de refuser de respecter les législations nationales et les consignes émanant des autorités étatiques, ce qui ne laisse pas d'inquiéter (B).

A. La privatisation de la lutte contre l'illicite

Si le terme de modération est le plus fréquemment employé à propos des stratégies de contenu (*content policy*) mises en place par les plateformes, ce terme englobe souvent deux pratiques distinctes : d'une part, la curation des contenus qui consiste à présenter aux utilisateurs certains contenus en fonction de certains paramètres déterminant leur fréquence et leur priorité, et, d'autre part, la modération au sens strict, qui consiste à évaluer la légalité d'un contenu ou sa compatibilité aux conditions générales de la plateforme et à agir en conséquence, par exemple en le retirant, en le rendant moins accessible, en le démonétisant ou en le marquant comme potentiellement trompeur ou inapproprié¹⁴.

De nos jours, tant la curation que la modération sont largement automatisées. La curation est réalisée au moyen de systèmes de recommandation, tels le fil d'actualité de Facebook, les recommandations de vidéos de YouTube ou les résultats fournis par le moteur de recherche de Google. Les systèmes algorithmiques utilisés ont un rôle majeur dans la détermination des contenus qui apparaissent aux yeux des utilisateurs et sont, le plus souvent, configurés pour proposer des sélections personnalisées, même si leur paramétrage et leur conception dépendent le plus souvent d'une logique commerciale. Quant à la modération, elle intervient plus tard et repose sur des algorithmes qui vont parfois accomplir des tâches simples, comme filtrer certains contenus à partir de mots clés, ou bien se livrer à des analyses élaborées des contenus et de leur contexte grâce à des techniques d'apprentissage automatique. L'intelligence artificielle permet alors de détecter les contenus potentiellement problématiques, d'évaluer leur conformité à la politique de la plateforme, et de décider de leur sort (suppression, rétrogradation,

¹³ La chancelière allemande Angela Merkel y a, par exemple, vu un acte « problématique », v. F. G'SELL, « Les réseaux sociaux, entre encadrement et auto-régulation », Chaire Digital, *Gouvernance et Souveraineté*, Sciences Po, 2021.

¹⁴ Il existe désormais de nouvelles pratiques répandues, mais dont on connaît mal la réalité en pratique. Par exemple, le « *shadow banning* » (également appelé « *stealth banning* », « *hellbanning* », « *ghost banning* » ou « *comment ghosting* ») consiste à rendre certains contenus invisibles ou moins visibles pour les autres utilisateurs, de manière à décourager celui qui est à l'origine de contenus indésirables.

démonétisation, marquage etc). Dans un tel contexte, la lutte contre les contenus indésirables dépend très largement de ces outils automatisés qui sont seuls capables d'embrasser l'immense masse des contenus postés en ligne. En ce qu'elles conçoivent, développent et paramètrent ces outils, les plateformes constituent le partenaire incontournable des autorités pour assurer le respect du droit en ligne, tout en étant également responsables de la qualité de leurs algorithmes, qui ne sont pas exempts de défaillances : non seulement les systèmes de recommandation peuvent mettre en avant la désinformation, les discours de haine et les contenus violents¹⁵, mais la modération algorithmique peut se révéler inefficace et laisser passer nombre de publications illicites ou en censurant des contenus irréprochables.

Dans un tel cadre, les stratégies de contenus (*content policy*) développées par les plateformes ont à l'origine été construites à partir d'une perception très américaine de la liberté d'expression, qui aboutit à laisser en ligne un très grand nombre de publications toxiques. Les législations initialement adoptées en la matière n'incitaient que très peu les plateformes à se débarrasser des contenus les plus problématiques (1), ce à quoi l'on cherche à remédier désormais (2).

1. La faible incitation initiale à la lutte contre l'illicite

À l'origine, les plateformes n'ont guère été incitées à se livrer à un véritable travail de modération des contenus et à une lutte systématique contre les contenus contraire au droit. Lorsque, en 1996, le *Communications Decency Act*¹⁶ est adopté aux États-Unis, il est prévu, dans la section 230 du *Communications Act of 1934* (47 U.S.C. §230) que le fournisseur de l'architecture ne peut être rendu responsable du fait des contenus postés par les utilisateurs du service (§230(c)(1)). Les plateformes ne sont donc jamais responsables du fait des contenus illégaux hébergés, y compris lorsqu'elles les ont délibérément laissés en ligne tout en connaissant leur caractère illicite. Les tribunaux américains ont donc exclu, sur le fondement de la section 230, la responsabilité d'un site internet d'annonces classées pour avoir hébergé des publicités relatives à la prostitution de jeunes filles mineures¹⁷ et celle d'un site d'annonces facilitant des ventes d'armes illicites ayant conduit à des actes de violence¹⁸. Certes, l'immunité n'est pas totale et quelques exceptions sont prévues : la section 230 ne peut faire obstacle aux poursuites fondées sur la législation pénale fédérale, sur les textes relatifs à la propriété intellectuelle, sur certaines lois étatiques jugées « compatibles avec » la section 230, sur l'*Electronic Communications Privacy Act* de 1986¹⁹, et, depuis 2018, sur la législation relative au trafic sexuel²⁰. En outre, les plateformes sont responsables si elles sont réellement les auteurs des contenus concernés ou ne respectent pas leurs promesses de retrait²¹.

¹⁵ D. O'CALLAGHAN, D. GREENE, M. CONWAY, J. CATHY, P. CUNNINGHAM, « Down the (White) Rabbit Hole: The Extreme Right and Online Recommender Systems », *Social Science Computer Review*, 2014, vol. 33, n°4, p.459-478 ; Z. BEERY « How YouTube reactionaries are breaking the news media, *Columbia Journalism Review*, 14 février 2019.

¹⁶ Ce texte figure au titre V du *Telecommunications Act of 1996 amendant le Communications Act of 1934*.

¹⁷ *Jane Doe No. 1 v. Backpage.com, LLC*, 817 F.3d 12 (1st Cir. 2016).

¹⁸ *Daniel v. Armslist, LLC*, 926 N.W.2d 710 (Wis. 2019).

¹⁹ Qui protège les courriels, les conversations téléphoniques et les données stockées électroniquement.

²⁰ *Stop Enabling Sex Traffickers Act (SESTA)* et *Allow States and Victims to Fight Online Sex Trafficking Act (FOSTA)*.

²¹ *Barnes v. Yahoo!, Inc.*, 570 F.3d 1096 (9th Cir. 2009).

Dans l'Union européenne, la directive 2000/31/CE dite « E-Commerce » adoptée en 2000 a comporté une incitation un peu plus importante, mais peu efficace. La directive 2000/31/CE a en effet prévu, dans son article 14§1 que l'hébergeur d'un contenu illicite n'en est pas responsable dès lors qu'il n'avait pas effectivement connaissance de l'activité ou de l'information illicites et qu'il a agi promptement pour retirer ou rendre l'accès au contenu illicite impossible dès qu'il a eu connaissance de l'illicéité. Mais les réseaux sociaux, en tant qu'hébergeurs, ne sont pas réputés avoir automatiquement connaissance de l'illicéité des contenus hébergés : la Cour de justice a jugé que, l'activité d'hébergement ayant un « caractère purement technique, automatique et passif », « le prestataire n'a pas la connaissance ni le contrôle des informations transmises ou stockées »²². Cela signifie que les plateformes, qui n'ont aucune obligation générale de surveillance (article 15 directive 2000/31/CE), ne peuvent avoir connaissance des contenus illicites que si ceux-ci sont signalés. Encore faut-il, du reste, que ces contenus soient « manifestement illicites » ou que leur retrait ait été ordonné par un juge, comme l'a jugé le Conseil constitutionnel dès la transposition de la directive par la loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN)²³. Aussi, la responsabilité du fournisseur d'hébergement ne peut être mise en œuvre qu'à des conditions strictes, dans les cas où il est resté inactif en présence d'un contenu manifestement illicite en ayant connaissance de l'illicéité. Il est vrai que la loi prévoit que les plateformes doivent mettre en place des modalités de signalement des contenus douteux mais il ne découle pas forcément d'un signalement qu'un contenu est « manifestement illicite ».

Ce cadre particulièrement favorable aux plateformes jouant un simple rôle d'hébergeur a été fixé à une époque où les immenses réseaux sociaux que nous connaissons aujourd'hui n'existaient pas encore et où les activités de modération n'étaient pas encore véritablement automatisées. Désormais, alors que la masse immense des publications rend nécessaire le recours à des algorithmes, les plateformes, qui ont la maîtrise de l'outil technologique, sont incitées à lutter plus efficacement contre les contenus illicites.

2. Le renforcement récent de l'incitation à la lutte contre l'illicite

Aux États-Unis, l'immunité garantie par de la section 230 du *Communications Decency Act* est fréquemment contestée et de nombreuses propositions ont été faites pour la limiter²⁴. Il a ainsi été suggéré de modifier le texte pour rendre responsables les plateformes lorsqu'elles ne prennent pas de mesures raisonnables pour lutter contre les contenus illicites créant un préjudice grave pour les personnes²⁵ ou lorsqu'elles s'abstiennent d'intervenir alors qu'elles ont connaissance de faits répréhensibles, ou encore lorsqu'elles tirent profit, voire sollicitent, des contenus illicites²⁶. Il a également été suggéré de supprimer l'immunité dans tous les cas où les plateformes font activement la promotion de contenus et gagnent de l'argent grâce à ces contenus, ce qui

²² CJUE, 23 mars 2010, *Google France et Google*, aff. jointes C-236/08 à C-238/08, *Rec. I* 2417, ECLI :EU :C :2010 :159 ; D. 2010. 885, obs. C. Manara.

²³ Décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004 : Loi pour la confiance dans l'économie numérique.

²⁴ F. G'SELL, « Les réseaux sociaux », préc. p. 28 et s.

²⁵ D. CITRON and B. WITTES, « The Internet Will Not Break: Denying Bad Samaritans Section 230 Immunity », *Fordham Law Review*, 2017.

²⁶ M. A. FRANKS, « Reforming Section 230 and Platform Liability », *Stanford Cyber Policy Series*, 2021; D. CITRON et M. A. FRANKS, « The Internet as a Speech Machine and Other Myths Confounding Section 230 Reform », *University of Chicago Legal Forum* 3, 2020, vol. 20, Article 3.

est le cas de Facebook ou YouTube²⁷. Différentes propositions de loi ont, par ailleurs été déposée au Congrès²⁸, dans un contexte où Joe Biden lui-même est favorable à l'abrogation pure et simple de la section 230.

Surtout, la Cour Suprême fédérale a accepté, il y a quelques semaines, d'examiner deux affaires dont la solution pourrait fortement renforcer la responsabilité des plateformes. Dans l'affaire, *Gonzales v. Google*²⁹, les parents d'un étudiant américain tué lors des attentats terroristes survenus à Paris le 13 novembre 2015 ont intenté une action en responsabilité à l'encontre de Google en vertu d'une loi antiterroriste américaine (18 U.S.C. §2333), qui permet d'obtenir des dommages et intérêts pour des actes de terrorisme international. Ils soutiennent que Google engage sa responsabilité au motif que YouTube (propriété de Google) a permis à l'État islamique de diffuser des messages à caractère terroristes. Ils affirment notamment que YouTube faisait « partie intégrante du programme terroriste » de l'État islamique et que les algorithmes de la plateforme recommandaient ses vidéos, ce qui l'aidait à diffuser son message. Ils allèguent également que Google, bien qu'informé de la présence de ces contenus, n'a pas déployé d'efforts suffisants pour les supprimer. Dans l'ensemble, ils soutiennent que la section 230, adoptée en 1996, visait originellement les fonctions de modération traditionnelles des plateformes mais ne s'applique pas aux outils algorithmiques très sophistiqués aujourd'hui utilisés pour gérer les contenus. La Cour d'appel du Neuvième Circuit ayant rejeté la demande en réparation sur le fondement de l'immunité prévue par la section 230, la Cour Suprême devra répondre à la question de savoir si ce texte s'applique lorsque la plateforme prend l'initiative de recommander des contenus grâce à des algorithmes ciblant les utilisateurs. En cas de réponse négative, les plateformes pourraient se trouver responsables du fait des contenus illicites poussés par leurs algorithmes, ce qui constituerait un changement considérable.

Dans une autre affaire soumise à la Cour Suprême, *Twitter v. Taamneh*³⁰, la Cour devra décider si le fait que des contenus à caractère terroriste apparaissent sur la plateforme permet de considérer que celle-ci a aidé et encouragé le terrorisme. En l'espèce, un homme avait tué 39 personnes dans une boîte de nuit d'Istanbul, en Turquie. Les proches de l'une des victimes ont poursuivi Twitter, Google et Facebook au motif que ces plateformes auraient joué un rôle essentiel dans le développement de l'État islamique, en lui permettant de diffuser de la propagande. La question est donc de savoir si ces plateformes peuvent être considérée comme ayant sciemment fourni une aide substantielle à des actes de terrorisme international parce qu'elles auraient pu prendre des mesures plus « significatives » ou « agressives » pour empêcher la diffusion de la propagande. Elle est également de déterminer si ces plateformes pourraient engager leur responsabilité pour complicité, même si leurs services n'ont pas été utilisés dans le cadre de l'acte spécifique de terrorisme ayant affecté les demandeurs. Là encore, la solution donnée à cette affaire devrait être lourde de conséquences pour la responsabilité des plateformes et leurs stratégies de modération.

²⁷ L. ZINGALES, F.M. LANCIERI, Stigler Committee on Digital Platforms: Policy Brief, septembre 2019.

²⁸ F. G'SELL, « Les réseaux sociaux », préc. p. 30-33.

²⁹ *Gonzalez v. Google, Inc.*, 335 F. Supp. 3d 1156, 1160 (N.D. Cal. 2018). *Gonzalez v. Google LLC*, 2 F.4th 871, 891 (9th Cir. 2021). Petition for Writ of Certiorari, Apr. 3, 2022, *Gonzalez v. Google LLC*, No. 21-1333, 2022 WL 1050223 (U.S.).

³⁰ *Taamneh v. Twitter, Inc.*, 343 F. Supp. 3d 904 (N.D. Cal. 2018), *rev'd and remanded sub nom. Gonzalez v. Google LLC*, 2 F.4th 871 (9th Cir. 2021), *cert. granted sub nom. Twitter, Inc. v. Taamneh*, No. 21-1496, 2022 WL 4651263 (U.S. Oct. 3, 2022).

Dans l'Union européenne, le règlement *Digital Services Act*, publié au *Journal officiel de l'Union européenne* le 27 octobre 2022³¹, est précisément destiné à contraindre les plateformes à lutter contre l'illicite. Ce texte a été présenté comme consacrant avant tout le principe selon lequel « ce qui est illicite hors ligne est aussi illicite en ligne »³² et comporte, pour cette raison, des dispositions destinées à garantir une lutte effective contre les contenus contraire à la loi. Le *DSA* maintient, tout en le réécrivant dans son article 6, le principe d'exonération de responsabilité figurant dans la directive E-Commerce ainsi que l'absence d'obligation générale de surveillance des contenus hébergés. S'y ajoutent désormais des obligations destinées à garantir une lutte effective contre les contenus illicites, à commencer par la mise en place de mécanismes de signalement effectifs: les hébergeurs doivent proposer des mécanismes accessibles pour signaler les contenus douteux (article 16) et les signalements émanant de tiers de confiance doivent être traités en priorité (article 22). Le règlement prévoit, à cet égard, qu'un hébergeur est réputé avoir une connaissance effective du caractère illicite d'une activité ou d'une information dès lors que celle-ci a été signalée et que son caractère illégal ressort sans qu'il soit besoin de se livrer à un examen juridique détaillé (article 16.3). Les hébergeurs doivent, en outre, collaborer avec les autorités, dont ils doivent respecter les instructions, et qu'ils doivent informer rapidement de la présence de contenus pouvant laisser suspecter la commission d'infractions pénales représentant une menace pour la vie ou la sécurité des personnes. (article 18.1).

Il est très possible que les actuelles évolutions jurisprudentielles et législatives soient de nature à conduire les plateformes à lutter de manière plus efficace contre les publications illégales, en particulier lorsque celles-ci génèrent un danger. L'incitation reste toutefois indirecte, dans un contexte où les entreprises gérant les réseaux sociaux conservent le contrôle de l'architecture et de leur politique de contenu.

B. *Le refus du respect de la loi*

En matière de politique de contenu (*content policy*), il arrive que les plateformes entendent faire prévaloir leurs propres principes sur les droits nationaux. Par exemple, Facebook refuse de tenir compte de certaines législations nationales et de sanctionner, en dépit d'une incrimination légale, des comportements compatibles avec ses valeurs : une liste d'« infractions non reconnues par Facebook » sert de références aux modérateurs, en dépit des lois nationales³³. Les réseaux sociaux décident même parfois de s'opposer aux demandes de surveillance ou de retrait de contenus émanant des autorités ou refusent de coopérer avec les autorités judiciaires, comme Twitter l'a fait face au gouvernement indien. Cette attitude, certainement louable face à un État autoritaire, peut être considérée comme problématique en présence de demandes émanant des autorités d'un État pleinement démocratique et fondées sur des risques de violence ou de comportements préjudiciables.

Le déploiement de plateformes transnationales où prévaut la liberté d'expression a certainement permis des changements positifs dans certaines régions où prévalaient des

³¹ Règlement (UE) 2022/2065 du Parlement européen et du Conseil du 19 octobre 2022 relatif à un marché unique des services numériques et modifiant la directive 2000/31/CE (« règlement sur les services numériques »).

³² Conseil de l'UE, Communiqué de presse du 25 novembre 2021.

³³ « Facebook leak underscores strategy to operate in repressive regimes », *The Guardian*, 23 mars 2021.

régimes autoritaires, par exemple à l'occasion des « printemps arabes »³⁴. Il est arrivé que certaines plateformes excluent des médias affiliés à des États autoritaires ou qu'ils jugent associés à des actions terroristes. En 2019, Instagram a ainsi supprimé les comptes d'agences de presse appartenant au gouvernement iranien. La guerre entre la Russie et l'Ukraine a également montré que les réseaux sociaux n'hésitent pas à résister aux États impliqués dans des conflits³⁵ : dès le début du conflit ukrainien, les principales plateformes ont réduit la visibilité des comptes du gouvernement russe accusé de répandre des fausses informations pour justifier l'agression de l'Ukraine³⁶. Twitter a ainsi marqué ou retiré des milliers de publications trompeuses, inexactes ou mensongères. Meta a fait de même, et est allé jusqu'à autoriser temporairement les utilisateurs de Facebook et Instagram en Ukraine à appeler à la violence contre les forces armées russes. Mais dans le même temps, Meta a retiré une demande d'orientation stratégique déposée auprès de l'*Oversight Board* sur ce sujet sensible en invoquant des préoccupations en matière de sûreté et de sécurité³⁷. Cela signifie donc que les décisions de Meta concernant les publications du gouvernement russe et les contenus relatifs au conflit ukrainien sont prises exclusivement, et confidentiellement, par ses dirigeants.

L'exemple des relations houleuses entre Twitter et l'État indien peut également être donné en exemple de la résistance des plateformes face à des États jugés trop autoritaires. En 2021, le gouvernement indien a introduit de nouvelles lois applicables aux réseaux sociaux et connues sous le nom de « *Information Technology Rules* »³⁸. Ces nouvelles règles très contraignantes prévoient notamment que les dirigeants des réseaux sociaux n'exécutant pas les injonctions de suppression émises par le gouvernement indien peuvent être sanctionnés par des peines de prison. De fait, le gouvernement indien tend à demander systématiquement la suppression des comptes et des contenus qui le mettent en difficulté, comme ceux qui soutiennent le principe d'un État indépendant pour les Sikhs, fournissent des informations sur les manifestations antigouvernementales ou critiquent la gestion de la pandémie COVID-19. Si Twitter a accepté de supprimer de nombreux comptes, la plateforme a refusé d'exécuter certaines injonctions de suppression émanant du gouvernement aux prises avec des manifestations³⁹. Twitter a, par la suite, résisté à de nouvelles injonctions et les a contestées devant la Haute Cour de Bangalore, en soutenant notamment que les règles adoptées par l'État indien sont destinées à empêcher la critique du gouvernement et à restreindre la liberté d'expression de manière excessive⁴⁰. De son côté, WhatsApp a contesté un autre aspect des nouvelles règles qui prévoient la possibilité d'exiger l'accès aux noms des personnes entretenant des conversations privées sur des logiciels de messagerie. Le bras de fer des plateformes avec le gouvernement indien devrait se poursuivre puisque celui-ci vient de décider la nomination d'un comité chargé

³⁴ S. JOSEPH, « Social Media, Human Rights and Political Change », *Boston College International & Comparative Law Review*, vol. 35, p. 145, 2012.

³⁵ Human Rights Watch, « Russia, Ukraine and Social Media and Messaging Apps », March 16 2022 : [https://www.hrw.org/news/2022/03/16/russia-ukraine-and-social-media-and-messaging-apps#table-0].

³⁶ E. L. BRIANT, « How Russia benefits from ill-informed social media policies », *Brookings*, 28 avril 2022.

³⁷ C. NEWTON, « How Facebook undercut the Oversight Board », *The Verge*, 12 mai 2022.

³⁸ « Twitter, Challenging Orders to Remove Content, Sues India's Government », *New York Times*, 5 juillet 2022.

³⁹ « Twitter resists Indian government's orders to block protest accounts », *The Verge*, 10 février 2021.

⁴⁰ « Twitter seeks judicial review of Indian orders to take down content », *Reuters*, 6 juillet 2022.

d'examiner les recours contre les décisions de modération prises par les plateformes, dont les décisions s'imposeront à celles-ci⁴¹.

Si les réseaux sociaux peuvent apparaître comme des instruments au service des droits fondamentaux et des libertés, leur impact est discuté aujourd'hui dans des régions troublées, par exemple en Afrique subsaharienne, où les réseaux sociaux ont une importance croissante du fait de la faiblesse des médias traditionnels⁴². Dans certains États qui tendent vers l'autoritarisme, tels l'Ouganda, la Tanzanie ou l'Éthiopie, les réseaux sociaux sont des instruments de liberté que les dirigeants en place cherchent à museler. Mais dans d'autres, en particulier ceux qui sont déchirés par des conflits ethniques et religieux, les réseaux sociaux peuvent inciter à la violence. Tel est le cas, par exemple, au Nigeria, où les réseaux sociaux constituent le principal accès de la population à l'information et représentent un véritable danger pour la sécurité des personnes⁴³.

Enfin, l'attitude des plateformes peut être largement questionnée lorsque celles-ci résistent à des États démocratiques qui leur demandent simplement d'agir contre les contenus haineux et violents. Twitter a, par exemple, fait l'objet de poursuites pour son manque de coopération avec les autorités judiciaires dans la lutte contre la haine en ligne⁴⁴. Le manque d'efficacité de Twitter sur ce plan a déjà été relevé⁴⁵. La plateforme a, d'ailleurs, été condamnée par le Tribunal Judiciaire de Paris le 6 juillet 2021, à divulguer des informations relatives aux moyens matériels et humains mis en œuvre pour lutter contre la diffusion de diverses infractions (apologie de crimes contre l'humanité, incitation à la haine raciale, à la haine à l'égard de personnes à raison de leur sexe, de leur orientation ou identité sexuelle, incitation à la violence, notamment l'incitation aux violences sexuelles et sexistes, atteintes à la dignité humaine)⁴⁶.

Au final, si l'on peut parfois louer la résistance de plateformes qui entendent faire prévaloir les principes de l'État de droit sur les injonctions émises par des États peu respectueux des valeurs démocratiques, il est permis de se demander si ce rôle est vraiment celui d'entreprises privées dont le principal objectif est avant tout de réaliser du profit et qui prennent généralement leurs décisions dans une logique commerciale. Il serait, à cet égard, certainement préférable de faire émerger des standards internationaux permettant de guider les plateformes dans leur mise en œuvre des législations étatiques.

II. Les plateformes et le « *lawful but awful* » (licite mais horrible)

Les plateformes ne se contentent pas de lutter, avec plus ou moins de succès, contre les contenus contraires au droit. Elles ont également la possibilité d'imposer à leurs

⁴¹ « IT ministry notifies creation of Grievance Appellate Committee that will oversee content moderation decisions », *NewsLaundry*, 28 octobre 2022.

⁴² J. CAMPBELL, « Authoritarianism, Social Media, the United States, and Africa », *Blog du Council of Foreign Relations*, 12 janvier 2021.

⁴³ BBC, « Like. Share. Kill. Nigerian police say false information on Facebook is killing people », 13 novembre 2018 accessible à [https://www.bbc.co.uk/news/resources/18-11-18/nigeria_fake_news]

⁴⁴ « Twitter poursuivi en France pour son manque de coopération dans des affaires de haine en ligne », *Le Monde*, 3 février 2021.

⁴⁵ « Haine en ligne : Twitter, mauvais élève des réseaux sociaux », *Les Echos*, 15 juillet 2020 ; « Empty Promises: Inside Big Tech's Weak Effort to Fight Hate and Lies in 2022 », *Free Press Report*, Octobre 2022.

⁴⁶ M. REES, « Pourquoi la justice ordonne à Twitter de révéler ses moyens de modération », *NextImpact*, 7 juillet 2021.

utilisateurs des contraintes allant bien au-delà de la législation en vigueur. Elles peuvent, en effet, déterminer, dans leurs conditions générales (A), les types de contenus qu'elles entendent privilégier en ligne et ceux dont elles ne veulent pas, qui correspondent le plus souvent, mais pas toujours, à ce que l'on appelle le « *lawful but awful* » (licite mais horrible)⁴⁷. Ce faisant, elles disposent du pouvoir de choisir les informations qui parviendront aux utilisateurs et de restreindre très fortement la liberté d'expression : qu'une telle privatisation de la « police du discours » puisse s'exercer sans qu'aucun contrepouvoir ne viennent contrôler l'action des plateformes est ici problématique (B).

A. *La force des conditions générales*

Par des dispositions contractuelles, mais que les utilisateurs doivent accepter s'ils veulent bénéficier du service, les plateformes décident elles-mêmes de la nature et de la forme des informations qui parviendront à leurs utilisateurs. Cette faculté est largement acceptée aux États-Unis où elle est généralement considérée comme constitutionnellement protégée (1). De son côté, l'Union européenne tente d'encadrer davantage les pratiques des plateformes sur ce point (2).

1. Le pouvoir discrétionnaire des plateformes aux États-Unis

Non seulement la faculté des plateformes à déterminer elles-mêmes, dans leurs conditions d'utilisation, les contenus qu'elles tolèrent, est parfaitement accepté aux États-Unis mais les stratégies de modération mises en œuvre ne sauraient permettre d'engager leur responsabilité. La section 230 du *Communications Act of 1934* ne prévoit pas seulement leur immunité du fait des contenus postés par les tiers, elle leur garantit qu'elles ne seront pas tenues pour responsables de toute action entreprise de bonne foi pour retirer ou restreindre l'accès à des contenus jugés inacceptables. Le texte donne d'ailleurs des exemples de contenus indésirables : il peut s'agir d'éléments jugés obscènes, lubriques, lascifs, dégoûtants, excessivement violents, constituant une forme de harcèlement ou, d'une manière ou d'une autre, répréhensible (*obscene, lewd, lascivious, filthy, excessively violent, harassing, or otherwise objectionable material*). On rappelle souvent que le principe ici posé par la section 230 ne fait que rappeler un droit garanti par le Premier Amendement à la Constitution, qui permet aux plateformes, en tant qu'entités privées disposant d'un droit à la liberté d'expression, de choisir elles-mêmes, et discrétionnairement, les contenus qu'elles entendent héberger. Il est même parfois soutenu que la section 230, en consacrant l'immunité, a « privatisé » le droit d'assurer la police des discours et de les censurer faute, pour l'État, de pouvoir juridiquement le faire compte-tenu des dispositions du Premier Amendement⁴⁸. En 2019, la Cour Suprême a, en outre, jugé que le simple fait mettre des espaces de discussion à la disposition du public ne suffit pas à transformer une entité privée en un acteur étatique à qui l'on peut opposer la liberté d'expression garantie par le Premier Amendement⁴⁹ : il en découle donc que les utilisateurs ne peuvent invoquer la Constitution pour contester les décisions de modération prises à leur encontre par les plateformes⁵⁰.

Pour autant, les stratégies de contenu mises en œuvre par les plateformes font l'objet d'intenses critiques aux États-Unis, notamment de la part des plus conservateurs, qui

⁴⁷ D. KELLER, « Lawful but Awful? Control over Legal Speech by Platforms, Governments, and Internet Users », *The University of Chicago Law Review Online*, 28 juin 2022.

⁴⁸ Ph. HAMBURGER, « The Constitution can crack Section 230 », *Wall Street Journal*, 21 janvier 2021.

⁴⁹ *Manhattan Community Access Corp. v. Halleck*, 139 S. Ct. 1921, 1930 (2019).

⁵⁰ F. G'SELL, « Les réseaux sociaux », préc., p. 25-28.

s'estiment victimes de biais, voient dans les pratiques de modération des atteintes inacceptables à la liberté d'expression et réclament la consécration d'un principe de neutralité opposables aux réseaux sociaux. C'est ainsi que, dans la foulée de la « déplateformisation » de Donald Trump, plusieurs États républicains ont adopté des lois étatiques à l'encontre de pratiques de modération qu'ils jugent anti-conservatrices. Ces lois font des réseaux sociaux des « *common carriers* » (opérateurs publics) ce qui justifie de leur part de respecter une forme de neutralité quant aux contenus, à l'image des services téléphoniques. C'est ainsi que la loi HB 20⁵¹ adoptée au Texas en 2021, interdit aux réseaux sociaux de plus de 50 millions d'utilisateurs actifs aux États-Unis de supprimer ou déclasser des publications sur le seul fondement des points de vue qu'elles expriment (à l'exception des publications illicites), oblige les plateformes à communiquer sur leurs pratiques de modération et les contraint à notifier les décisions de modération, à les expliquer, et à permettre aux utilisateurs d'exercer un recours. Quant à la loi de Floride S.B. 7072⁵², elle empêche les plateformes de supprimer ou limiter les publications de la presse sur le fondement de leur contenu, leur interdit de bannir les candidats aux élections, les oblige à notifier et expliquer leurs décisions de modération, et impose de modérer les contenus « de manière cohérente » et transparente. Alors que la cour d'appel du Cinquième Circuit⁵³ a jugé la loi texane conforme à la Constitution, la Cour d'appel du Onzième Circuit⁵⁴ a censuré la majeure partie de la loi de Floride au motif que celle-ci est incompatible avec le Premier Amendement. Dans ces circonstances, l'Attorney General de Floride a saisi la Cour Suprême de la question de savoir si le Premier Amendement permet ou non de contraindre les plateformes à héberger des contenus dont elles ne veulent pas. Il reviendra donc, dans ce contexte, à la Cour Suprême, si elle accepte d'examiner ce recours, de répondre à cette question. Une décision favorable aux législations adoptées au Texas et en Floride pourrait conduire d'autres États américains à légiférer et davantage contraindre l'activité de modération des plateformes.

2. Les garanties offertes aux utilisateurs en Europe

La possibilité donnée aux réseaux sociaux d'imposer leurs conditions d'utilisation en sus, voir à la place, des législations nationales fait dire au Conseil d'État que le droit des États, se trouve, sur ce point, « concurrencé par des contrats de droit privé »⁵⁵. Les plateformes ont, cependant, tout loisir d'adopter les conditions générales qui leur sied, à la condition, bien évidemment, d'agir en conformité avec le droit de la consommation et de ne pas imposer de clauses abusives. Elles sont donc libres d'exclure des contenus indésirables qui ne sont pas en tant que tels, illicites, tels, par exemple, les discours climato-sceptiques ou les propos platistes. Il faut souligner, en outre, que les « standards » définissant la politique de contenu des réseaux sociaux sont régulièrement modifiés et mis à jour : si l'information est généralement publiée en ligne, les utilisateurs eux-mêmes ne sont pas individuellement avertis. La question est surtout de savoir si de telles restrictions à la liberté d'expression sont conformes à nos principes

⁵¹ Texas House Bill 20 *Relating to complaint procedures and disclosure requirements for and censorship of users' expressions by social media platforms*.

⁵² Florida Senate Bill 7072 (2021) *Social Media Law*.

⁵³ *NetChoice v. Paxton*, No. 21-51178 (5th Cir. 2022).

⁵⁴ *NetChoice, LLC v. Att'y Gen., Fla.*, 2022 WL 1613291 (11th Cir. May 23, 2022).

⁵⁵ CE, *Les réseaux sociaux : enjeux et opportunités pour la puissance publique*, Etude annuelle 2022, p. 113.

constitutionnels et aux normes internationales, à commencer par la Convention Européenne des Droits de l'Homme.

S'il n'apparaît pas qu'un contentieux se soit déroulé sur ce point en France, les juridictions allemandes ont été saisies d'une contestation des conditions d'utilisation de Facebook, qui a été tranchée par la Cour Suprême fédérale (*Bundesgerichtshof*, BGH) le 21 juillet 2021⁵⁶. La Cour a jugé que l'opérateur d'un réseau social peut imposer aux utilisateurs de son service le respect de ses propres règles même si celles-ci vont au-delà de ce qui est prévu par la législation en vigueur. Pour le dire autrement, il est tout-à-fait possible à un réseau social d'exclure des contenus n'ayant rien d'illicite du point de vue du droit applicable. Il n'en reste pas moins que le juge peut exercer un contrôle de proportionnalité afin de s'assurer d'un bon équilibre entre la liberté d'expression garantie par l'article 5 de la Loi fondamentale allemande et le droit des opérateurs de réseaux sociaux d'exercer librement leur activité professionnelle protégé par l'article 12 de la Loi fondamentale. Le Cour Suprême fédérale allemande insiste, dans son arrêt, sur le fait que les réseaux sociaux doivent, en ce qu'ils gèrent des espaces publics de communication, impérativement respecter les droits fondamentaux de leurs utilisateurs, à l'image de l'État, qui doit respecter les droits fondamentaux de ses citoyens. Autrement dit, les plateformes ne peuvent exploiter le contrôle exclusif qu'elles exercent sur le réseau, que la Cour qualifie de « supériorité structurelle », pour interdire arbitrairement les expressions individuelles d'opinion. Les opérateurs de réseaux sociaux doivent donc être transparents sur leurs conditions générales, doivent informer les utilisateurs des décisions de modération les concernant et de leurs motifs et permettre la contestation desdites décisions. La notification de l'utilisateur doit avoir lieu après coup lorsqu'une publication est supprimée, mais doit intervenir avant toute mise en œuvre lorsqu'il est décidé de suspendre un compte. Dans les deux cas, la Cour a noté que l'utilisateur doit avoir la possibilité d'être entendu avant qu'une nouvelle décision soit prise sur ce cas individuel. Le fait que les conditions générales de Facebook ne prévoient pas de telles garanties conduit la Cour à conclure que les clauses relatives au blocage des comptes et à la suppression des publications créent un déséquilibre significatif au détriment des utilisateurs et sont donc nulles. C'est ainsi que Facebook a été sanctionné pour avoir bloqué le compte et supprimé les publications d'utilisateurs ayant tenu des propos racistes particulièrement violents, car ceux-ci n'avaient pas été prévenus (et ce alors même que ces publications étaient clairement illicites). Il semble donc bien que c'est avant toute chose la procédure suivie par l'opérateur de la plateforme qui constitue la principale préoccupation de la Cour.

Ces garanties procédurales se retrouvent aujourd'hui dans le règlement *Digital Services Act*, qui prévoit désormais, comme le fait la section 230 CDA, que les plateformes ne perdent pas le bénéfice de l'exonération de responsabilité prévue par le droit de l'Union Européenne lorsqu'elles se livrent, de bonne foi et de manière diligente, à des investigations en vue d'identifier et supprimer les contenus illicites. L'objet de cette disposition est, entre autre, de s'assurer que les pratiques de modération sont exercées dans le respect des droits fondamentaux des utilisateurs, à commencer par leur liberté d'expression. Les conditions générales des plateformes doivent préciser clairement les restrictions imposées à la liberté d'expression (article 14 du DSA). Les utilisateurs doivent bénéficier d'un « exposé des motifs clair et spécifique » des décisions de

⁵⁶ Cour suprême fédérale, 29 juillet 2021, III ZR 179/20 et III ZR 192/20. Voir les explications données dans l'étude du Conseil d'État, étude précitée, p.114.

modération (article 17) et de la possibilité d'exercer des recours à l'encontre desdites décisions (article 20). Dans l'ensemble, les opérateurs des réseaux sociaux doivent agir « de manière diligente, objective et proportionnée », en tenant compte des droits et des intérêts légitimes de toutes les parties concernées (article 14). Le caractère automatisé des méthodes de modération doit être divulgué aux utilisateurs et les plateformes doivent impérativement, en ce cas, adopter des mesures raisonnables de nature à garantir que la technologie est « suffisamment fiable pour limiter au maximum le taux d'erreurs » donc de contenus supprimés sans raison valable (Considérant 26). Tout ceci doit, enfin, se dérouler dans le respect d'obligations de transparence contraignantes (article 15) : le règlement impose notamment la publication de rapports recensant les pratiques de modération (actions de modération, nombre et compétences des employés chargés de la modération, signalements reçus, instructions de suppression reçues des autorités, suppressions et suspensions réalisées, nombre de recours des utilisateurs). Les très grandes plateformes et moteurs de recherche de plus de 45 millions d'utilisateurs doivent par ailleurs se plier à un certain nombre d'obligations de conformité, publier des informations précises sur les paramètres des algorithmes utilisés et même donner accès à un certain nombre de données aux autorités européennes et nationales ainsi qu'aux chercheurs agréés de manière à ce que ceux-ci puissent apprécier les risques générés par le fonctionnement de la plateforme (article 40).

Si les garanties procédurales désormais prévues par les textes européens ont de quoi rassurer, notamment en ce qu'elles permettront aux utilisateurs de contester les décisions prises à leur encontre, il n'en reste pas moins que les plateformes gardent le contrôle de la détermination, dans leurs conditions d'utilisation, des discours qu'elles entendent conserver ou rejeter, du paramétrage des outils automatisés utilisés pour présenter les contenus ou pour les modérer et de leur stratégie commerciale, notamment en terme de publicité. Ne pourrait-on souhaiter que ce pouvoir, qui est pour l'heure sans partage, soit contrebalancé par l'intervention d'autres instances qui puissent contribuer aux prises de décision sans pour autant être guidées par la recherche de profit ?

B. *L'émergence de contre-pouvoirs*

Les décisions stratégiques en matière de politique des contenus (*content policy*) concernent ne concernent pas seulement la technologie. Il ne s'agit pas seulement de prendre position sur la manière dont la plateforme se présente aux utilisateurs et dont les algorithmes sont configurés et paramétrés. Il s'agit aussi de déterminer quelle stratégie la plateforme met en œuvre dans la manière dont elle traite ces contenus ce qui implique pour elle de tenir compte d'arguments juridiques, mais aussi de prendre en considération le contexte politique, géopolitique, social etc... Que les opérateurs de réseaux sociaux soient amenés à prendre seuls des décisions aussi majeures que celle consistant, par exemple, à ralentir ou invisibiliser les publications de l'État russe, ne peut qu'inquiéter. C'est pourquoi il est certainement nécessaire de voir progressivement intervenir des instances indépendantes et dépourvues de préoccupations mercantiles qui puissent tenir lieu de contre-pouvoir.

1. **L'apparition de contre-pouvoirs à l'initiative des plateformes : l'exemple de l'*Oversight Board***

La création, par Facebook (devenu Meta), de l'*Oversight Board* (Conseil de Surveillance), a été suggérée en 2018 par Noah Feldman, professeur de droit à Harvard, qui avait

évoqué une « Cour Suprême ». L'*Oversight Board* a avant tout pour mission d'examiner les recours formés par les utilisateurs de Facebook ou Instagram contre les décisions de modération⁵⁷. Meta dispose également du droit de le saisir en présence de cas importants et difficiles. Principalement conçu pour trancher les contestations, l'*Oversight Board* fait penser à une instance arbitrale, à ceci près que seule l'une des parties, Meta, en a fixé la composition, les conditions de saisine et la procédure qui y est suivie. Une fois une décision de l'*Oversight Board* adoptée concernant un cas donné, elle est publiée en ligne avec sa motivation et les principaux éléments du dossier. Meta s'est engagé à mettre en œuvre les décisions dans un délai de 7 jours, sauf impossibilité de s'y conformer, par exemple en présence d'une obligation légale. En principe, les décisions ne s'appliquent qu'au cas individuel considéré même si Meta s'est engagé à supprimer « les publications identiques avec un contexte parallèle » en fonction de sa « capacité technique et opérationnelle »⁵⁸.

Le Conseil a un rôle juridictionnel dans la mesure où il examine les recours et rend des décisions obligatoires pour la plateforme mais il a également un (petit) rôle politique, car il peut formuler des recommandations générales à titre consultatif. L'objectif est d'apporter des éléments de solution à la question aigüe de la politique des discours en tentant de l'aborder de manière globale, alors même que les opinions varient fortement d'un lieu à l'autre, d'une culture à l'autre, à propos de ce qui peut se dire ou non sur les réseaux sociaux⁵⁹. Le Conseil de Surveillance est, à cette fin, composé d'une vingtaine de membres recrutés parmi de personnalités indépendantes, provenant de toutes les régions du monde, et particulièrement reconnues comme Helle Thorning-Schmidt ancienne première ministre du Danemark, Alan Rusbridger, ancien rédacteur en chef du *Guardian*, et Tawakkol Karman, militante qui a reçu le prix Nobel de la paix en 2011 pour son rôle dans les manifestations du printemps arabe au Yémen.

Le progrès que représente la création de l'*Oversight Board* comporte pour limite principale le choix de Meta d'en faire un organe chargé d'examiner les décisions de modération relatives aux contenus à la lumière des conditions d'utilisation de la plateforme mais à l'exclusion des lois nationales⁶⁰. La Charte organisant le fonctionnement du Conseil se réfère aux « valeurs de Facebook en matière de contenu »⁶¹ : le Conseil rend donc ses décisions au regard des « Standards de la communauté Facebook » et des « Règles de la communauté Instagram ». Il est toutefois précisé que le Conseil « accordera une attention particulière à l'impact de la suppression de contenu à la lumière des normes des droits de l'homme protégeant la liberté d'expression »⁶². Cette référence aux normes internationales protégeant les droits de l'homme et la liberté d'expression conduit à se tourner principalement vers les principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, auxquels Facebook a expressément choisi de se soumettre⁶³. À cet égard,

⁵⁷ E. DOUEK, « The Facebook Oversight Board Should Review Trump's Suspension », *Lawfare Blog*, 11 janvier 2021.

⁵⁸ E. DOUEK, « What Kind of Oversight Board Have You Given Us ? », *The University of Chicago Law Review Online*, 2020.

⁵⁹ K. KLONICK, « Inside the making of Facebook's Supreme Court », *The New Yorker*, 12 février 2021.

⁶⁰ F. G'SELL, « Le Conseil de surveillance de Facebook et l'affaire Trump », *JCP G* 2021, 566.

⁶¹ Charte du Conseil de Surveillance de Meta, art. 2, sect. 2.

⁶² Charte préc., art. 7.

⁶³ Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, 2011.

le Conseil peut se référer au Plan d'action de Rabat⁶⁴ et à la grille d'évaluation en 6 points élaborée dans le cadre de ce plan d'action pour évaluer la capacité d'un discours à créer un risque sérieux d'incitation à la discrimination, à la violence ou à toute autre action illicite. Si des principes du droit international sont ici convoqués, il est difficile de préciser leur portée dans un contexte où les décisions doivent avant tout être adoptées au regard des règles et « valeurs » de cette entreprise privée qu'est Meta. Est-il, par ailleurs, bien légitime de s'y référer dès lors qu'aucune norme nationale n'a vocation à être prise en compte ? Sans doute pourrait-on espérer, là encore, que les États partageant les mêmes valeurs démocratiques parviennent à s'accorder sur des principes précis en matière de modération des contenus de manière à mieux guider les plateformes et les instances qu'elles choisissent de mettre en place.

Bien que très imparfait, l'exemple de l'*Oversight Board* paraît, dans tous les cas, faire des émules. Dès sa prise de contrôle de Twitter, Elon Musk a ainsi annoncé vouloir créer un conseil chargé de trancher les questions de modération, dont l'avis serait indispensable pour prendre les décisions de modération les plus importantes et notamment pour se prononcer sur la réintégration des utilisateurs suspendus⁶⁵. De fait, Twitter consulte déjà, [depuis 2016](#), un « *Trust and Safety Council* » qui l'aide à élaborer sa stratégie, mais qui n'intervient qu'à titre strictement consultatif. Ce conseil était initialement composé d'une quarantaine d'organisations et d'experts. En 2020, Twitter a élargi le groupe à une centaine de participants et créé des sous-groupes dédiés à des sujets spécifiques, tels la sécurité et le harcèlement en ligne, les droits numériques, l'exploitation sexuelle des enfants et la prévention du suicide. On ignore, pour l'heure, ce qu'il adviendra de l'organisation existante et ce que le nouveau dirigeant de Twitter mettra en place.

2. L'apparition de contre-pouvoirs à l'initiative du législateur : le suivi des « risques systémiques » dans le règlement Digital Services Act

À l'opposée de la logique d'auto-régulation qui a conduit Meta à créer l'*Oversight Board*, les instances de l'Union européenne ont choisi, par l'adoption du *Digital Services Act*, de créer un système de régulation impliquant un dialogue constant entre les plateformes et les régulateurs. Le texte n'a pas seulement pour objectif de contraindre les plateformes à lutter effectivement contre les contenus illicites. Le règlement vise également à faire en sorte que les régulateurs européens et nationaux guident les plateformes dans la gestion des « risques systémiques » qu'elles génèrent. C'est ainsi que l'article 34 du DSA prévoit que les très grands moteurs de recherche et très grandes plateformes de plus de 45 millions d'utilisateurs actifs doivent évaluer ces « risques systémiques » afin de prendre toutes les dispositions appropriées pour les réduire. Si ces « risques systémiques » peuvent résulter de la diffusion de contenus illicites, ils découlent aussi de la présence de contenus qui génèrent un « effet négatif réel ou prévisible » sur l'exercice des droits fondamentaux (en particulier le droit fondamental à la dignité humaine, le respect de la vie privée et familiale, la protection des données à caractère personnel, la liberté d'expression et d'information, la non-discrimination, les droits fondamentaux relatifs aux droits de l'enfant et le droit fondamental à un niveau élevé de protection des consommateurs), sur « le discours civique, les processus électoraux et

⁶⁴ Plan d'action de Rabat sur l'interdiction de tout appel à la haine nationale, raciale ou religieuse qui constitue une incitation à la discrimination, à l'hostilité ou à la violence, Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, 2012.

⁶⁵ Tweet du 28 octobre 2022.

la sécurité publique », sur « les violences sexistes, la protection de la santé publique, et des mineurs » et sur le « bien-être physique et mental des personnes » (article 34). Cette définition très large permet de couvrir toutes sortes de contenus dont les effets peuvent se révéler problématiques mais qui ne sont pas, à strictement parler, contraires au droit, telle, par exemple, la désinformation en matière de santé publique ou à propos de l'actualité politique.

Le règlement prévoit que les « très grandes plateformes en ligne et très grands moteurs de recherche en ligne recensent, analysent et évaluent de manière diligente tout risque systémique au sein de l'Union découlant de la conception ou du fonctionnement de leurs services et de leurs systèmes connexes, y compris des systèmes algorithmiques, ou de l'utilisation faite de leurs services » (article 34.1). Cette évaluation doit être faite au moins une fois par an et avant toute modification des fonctionnalités susceptibles d'avoir des conséquences sur les risques recensés. À partir de cette évaluation, les opérateurs doivent mettre en place des « mesures d'atténuation raisonnables, proportionnées et efficaces, adaptées » (article 35) des risques systémiques considérés, ce qui peut les conduire, entre autres choses, à modifier le mode de fonctionnement de l'interface ou leurs systèmes de recommandation. Surtout, la Commission et les coordinateurs nationaux des services numériques pourront adresser aux très grandes plateformes et moteurs de recherche des lignes directrices concernant des « risques systémiques » spécifiques (article 35.3) ; il s'agira notamment d'y présenter des bonnes pratiques et des mesures d'atténuation possibles. Les autorités européennes et nationales encourageront par ailleurs l'élaboration de codes de conduite volontaires (article 45), notamment concernant un risque systémique important et concernant plusieurs très grandes plateformes ou très grands moteurs de recherche (article 45.2).

C'est ainsi que le DSA permet de demander des comptes aux plateformes sur des points essentiels qui restaient jusqu'à présent à la seule main des dirigeants de ces entreprises : la manière dont les architectures et les algorithmes, à commencer par les systèmes de recommandation, sont conçus, les stratégies publicitaires mise en œuvre par la plateforme (article 34.2) etc... Il reste, cependant, possible de douter de l'efficacité du dialogue instauré avec les régulateurs par la remise de rapports réguliers et la faculté pour ceux-ci d'émettre des lignes directrices. Ces mesures permettront-elles vraiment de peser sur la politique des plateformes ? Correspondent-elles vraiment à la mise en place des contre-pouvoirs aujourd'hui indispensables face à l'hyperpuissance des réseaux transnationaux ?

Au final, il est permis de s'interroger sur les moyens de contrainte existants face à des plateformes toutes-puissantes, centralisées, qui, parce qu'elles maîtrisent la technologie, conservent et conserveront la capacité à déterminer les contenus en ligne qui apparaissent sous nos yeux lorsque nous nous connectons chaque jour. À cette situation insatisfaisante, que le droit tente imparfaitement de corriger, ne faudrait-il pas substituer d'autres protocoles technologiques permettant d'éviter une telle concentration du pouvoir entre les mains de quelques-uns ? On peut ici se demander, sans toutefois pouvoir l'établir, si un glissement en direction de réseaux décentralisés ne constituerait pas un meilleur remède aux maux contemporains.

À propos de la privatisation du droit du travail

Julien Icard,

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas

La notion de privatisation relève à l'évidence du droit public, voire du droit économique. Elle prend un sens précis à compter de 1986, année de la première grande vague de privatisations. La notion s'entend alors de l'opération par laquelle le contrôle exercé, directement ou indirectement, par les pouvoirs publics sur une organisation de moyens humains, matériels et immatériels, vouée à l'exercice, à titre exclusif ou principal, d'une activité économique, est transféré au secteur privé.

Appliquée à une branche du droit, la notion semble vouer à décrire la colonisation du droit public du droit par le droit privé. La forme peut être plurielle. De manière brute, la privatisation peut d'abord tenir au remplacement de règles publicistes par les règles privatistes. Sans aller jusqu'à une substitution totale ou partielle, la privatisation s'évincerait également de la nature des sources du droit : de l'unilatéral vers le contractuel par exemple. Sans que les règles évoluent directement, c'est enfin la logique privatiste ou les intérêts particuliers dont le droit privé est réputé être le représentant qui peut éteindre voire éteindre la logique publiciste attachée à l'intérêt général.

L'expression est pourtant régulièrement utilisée à propos de branches du droit classiquement rattachées au droit privé. Un auteur a ainsi traité de la privatisation du droit de la famille comme « le basculement de celle-ci – la famille donc et non le droit ? – de la sphère publique, dominée par l'intérêt général et les règles impératives à la sphère privée, un domaine discipliné par la régulation privée où s'expriment des intérêts individuels »¹. Cette acception large de la notion de privatisation s'attache donc moins à la nature supposée de la branche du droit en cause qu'aux logiques respectives – réelles ou présumées – du public et du privé ainsi qu'à la nature de la régulation desdites branches et, partant, à la substance des règles qui sous-tendent la matière.

Appliquée au droit du travail, la notion de privatisation pourrait *prima facie* paraître, sinon absurde, du moins sans intérêt, étant entendu que traditionnellement le droit du travail est également rangé au sein du droit privé. Toutefois, la transposition au droit du travail des diverses acceptions de la privatisation est loin d'être anodine. En premier lieu, l'usage du terme de privatisation pourrait rendre compte d'un phénomène tenant à la modification du corpus de règles régissant la matière sociale : les règles privatistes – civilistes – évinçant les règles sociales. En effet, une part non négligeable du droit du travail a longtemps joui d'une autonomie relative, de sorte qu'examiner son éventuelle privatisation pourrait conduire à rendre compte de la diminution voire de l'extinction de sa spécificité au profit de l'application des règles privatistes de droit commun. À côté de l'éviction plus ou moins prononcée de règles sociales autonomes, la privatisation du droit du travail pourrait, en second lieu, s'entendre de la nature des sources utilisées en droit du travail et des règles qui président à leur articulation. Le chemin est ici tracé de longue date, la procéduralisation du droit du travail est un phénomène identifié depuis plus de vingt ans, mais qui revêt sans doute une acuité particulière depuis quelques années. La régulation par des règles impératives est à ce titre en retrait au profit de règles légales supplétives et d'accords collectifs ou individuels, traduisant un nouvel

¹ S. FULLI-LEMAIRE, « La privatisation du droit de la famille en France. Perspectives comparatives », *RIDE* 2016, n° 68-2, p. 405, spéc. p. 406.

agencement de l'intérêt général et des intérêts privés. Cette mise à distance du législateur par lui-même traduit, sinon un recul, du moins un nouveau mode d'exercice de l'intérêt général. Ce constat d'une dérégulation vaut également dans le contentieux social où l'éviction du juge au profit d'un règlement du litige en tout ou partie par les parties elles-mêmes, est une forme de procéduralisation. La question réside en dernier lieu dans la privatisation des logiques à l'œuvre en droit du travail. La caractérisation est délicate. Dans un premier temps il faudrait pour ce faire identifier d'un côté une ou plusieurs logique(s) inhérentes au droit du travail et, de l'autre, identifier des logiques propres au droit privé. Dans un second temps, il faudrait mettre au jour la contamination des premières par les secondes. Or, s'il est sans doute loisible de souligner que le déclin de certaines des logiques propres au droit du travail, il n'est pas toujours aisé de lire une telle évolution à la lumière d'une privatisation du droit du travail. Ce d'autant, que de manière peut-être contre-intuitive, il n'est pas erroné d'analyser l'évolution du droit du travail à l'aune d'une certaine publicisation. Ainsi en est-il par exemple de l'appréhension très publiciste des accords collectifs de travail, dont le contentieux se rapproche de celui des règles administratives.

De ce tour d'horizon rapide de la privatisation du droit du travail, deux formes de privatisation se dégagent. La première procède de la procéduralisation, la régulation des rapports de travail est renvoyée aux acteurs privés là où antérieurement elle était confiée à un acteur dit public, législateur ou juge. La privatisation touche ici à la forme de régulation et, partant, au mode de prise en compte des intérêts. À cet égard, la privatisation du droit du travail fonctionne un peu à la manière dont le législateur a ouvert à la concurrence les industries en réseau : une privatisation-dérégulation organisée par le législateur *via* des règles procédurales et exceptionnellement substantielles, mises en œuvre par les intéressées et contrôlées par un tiers. La seconde forme est sans doute plus traditionnelle, la privatisation *via* la substitution de règles privatistes aux règles sociales autonomes. La première forme de privatisation modifie indirectement le droit du travail. Ce sont en effet les acteurs du droit du travail qui sont affectés prioritairement. La manière dont sont pris en compte les intérêts respectifs ne sera pas sans incidence sur la teneur des règles produites. La seconde forme modifie quant à elle directement le corpus juridique applicable aux relations de travail ou, à tout le moins, les logiques inhérentes au droit du travail. L'évolution du droit du travail est implicite et indirecte par la voie de la dérégulation (I) ; la dénaturation du droit du travail est donc expresse et directe par la voie de la substitution (II).

I. La privatisation-dérégulation

La privatisation du droit du travail empruntant la voie de la procéduralisation est assez évidente dans le champ de la production normative. En d'autres termes, les sources du droit du travail sont le premier champ d'observation de ce phénomène. Ce phénomène affecte spécifiquement le mode de production des règles du droit du travail² ainsi que le mode de règlement des litiges du travail.

Privatisation-dérégulation de la production normative. Le propos pourra ici paraître convenu³, il n'en demeure pas moins nécessaire. Voilà plus de trente ans que le

² Le mouvement est parfois qualifié de « procéduralisation de sources du droit » du travail (R. VATINET, « Un nouveau droit des conflits de travail ? », *Dr. soc.* 2008, p. 671).

³ V. déjà : A. LYON-CAEN, « Droit du travail et procéduralisation », in J. LENOBLE, J. DE MUNCK, M. MOLITOR, A. LYON-CAEN, A. COBBAUT ET R. ZOLL, *L'avenir de la concertation sociale en Europe*, Rapport remis à la DG V de la Commission de l'Union Européenne, 1995, *spéc.* p. 187.

droit du travail est touché par un phénomène juridique qui ne se réduit pas à ce dernier⁴, la procéduralisation du droit⁵. Le phénomène⁶ a été parfaitement décrit par le professeur Supiot : « la loi se décharge des règles substantielles [...] pour mieux [...] fixer des procédures »⁷. Dès lors, il y aurait, à l'égard du droit légiféré, substitution de règles procédurales aux règles substantielles, ces dernières étant alors du ressort des parties concernées par les règles. L'expression permet de saisir le réel – elle a une facette descriptive – mais elle a également vocation à la transformer. En d'autres termes, la procéduralisation du droit est avant tout un concept doctrinal dont les ressorts économiques sont patents⁸ et qui vise à transformer le droit du travail dans un sens déterminé⁹. Ce mouvement est assimilable à une forme de dérégulation contrôlée de la production normative : il s'agit de passer d'une réglementation décidée par l'État à une réglementation décidée par les parties sous le contrôle procédural de l'État. Ainsi décrite, la procéduralisation du droit du travail correspond bien à une forme de privatisation de la production normative, du public – l'État – vers le privé – les organisations syndicales, les employeurs, les salariés. Certes, la production normative n'a jamais été du ressort exclusif du public en droit du travail, les contrats de travail, les règlements d'atelier, les conventions collectives ayant de longue date organisé les relations individuelles et collectives de travail. Néanmoins, la procéduralisation décrit ou prescrit – c'est selon – le désengagement progressif du législateur de la production des normes du travail au profit des parties privées, partant une forme assumée de dérégulation.

Sans rentrer dans l'infini détail des réformes successives mises en œuvre depuis trente ans, il est loisible de prendre la mesure de la réception pratique de la procéduralisation du droit du travail et ainsi de la dérégulation de la production normative à laquelle elle donne lieu. Cette privatisation-dérégulation a d'abord historiquement pris la forme d'accords dits dérogatoires. Conçus comme une exception à la règle d'ordre public social, ces accords ont été prévus dans certains domaines par le législateur avant d'être strictement encadrés par le Conseil constitutionnel. Pour contourner cet encadrement, le législateur, continuant son œuvre de réduction de l'emprise de l'ordre public social, a utilisé une seconde technique, celle de la supplétivité. Il s'agit de renvoyer prioritairement aux accords collectifs le soin de définir certaines règles, la loi n'intervenant qu'en l'absence d'accords. Le droit du temps de travail a été le champ

⁴ V. not. B. FRYDMAN, « Le droit privé de contenu », in T. ANDREANI et M. VAKALOULIS (dir.), *Refaire la politique*, Ed. Syllepse, 2002, p. 53-64 ; X. LAGARDE, « La procéduralisation du droit (privé) », in Ch. PIGACHE (coord.), *Les évolutions du droit (Contractualisation et procéduralisation)*, Publications de l'Université de Rouen, 2004, p. 141-166.

⁵ Le professeur Supiot fixe la date de naissance théorique aux écrits de Jurgen Habermas et de Niklas Luhmann (A. SUPIOT, « Travail, droit et technique », *Dr. soc.* 2002, 13).

⁶ Le terme n'a pas de sens univoque. Sur les sens restreints de la procéduralisation, v. A. JEAMMAUD, « Introduction à la sémantique de la régulation juridique. Des concepts en jeu », in J. CLAM et G. MARTIN (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, coll. Droit et société, 1998, p. 67. V. égal. A. LYON-CAEN, « Droit du travail et procéduralisation », in J. LENOBLE et alii, *L'avenir de la concertation sociale en Europe, préc., spéc.* p. 187.

⁷ A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, PUF, 2002, p. XXIV.

⁸ A. SUPIOT, *Homo juridicus, Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Seuil, coll. Points, 2009, p. 131 : « la procéduralisation du droit est un avatar du paradigme de marché ». V. égal. S. FROSSARD, « La supplétivité des règles en droit du travail », *RDT* 2009, 83, *spéc.* p. 90 : « on peut craindre qu'une procéduralisation achevée du droit du travail ne marque avec éclat l'asservissement de celui-ci à une certaine lecture de l'économie de marché ».

⁹ B. EDELMAN, « A bas le droit du travail, vive le droit de la concurrence (à propos de l'arrêt de la Cour de Paris du 6 mars 1991) », *D.* 1992, chron., p. 1-9, *spéc.* § 12 : « Sommé de devenir, en son essence même, un "droit négocié", le droit du travail doit s'adapter aux changements techniques ».

privilegié d'expérimentation, la supplétivité s'est diffusée dans le droit des institutions représentatives du personnel ou encore des contrats précaires. Les accords collectifs concernés peuvent être de branche ou d'entreprise selon les thèmes en cause. Parfois, ce nouvel agencement se conjugue avec le nouvel agencement des accords collectifs eux-mêmes, l'accord de branche étant lui-même supplétif à l'égard de l'accord d'entreprise. Il en va par exemple ainsi de la majoration des heures supplémentaires¹⁰.

Toutefois, cette dérégulation n'est pas absolue, le législateur maintenant ou créant des dispositions d'ordre public « classique », insusceptible de dérogation et pleinement applicable aux accords collectifs. Cet ordre public se manifeste de manière qualitative ou quantitative. Dans le premier cas, le législateur fixe des exigences aux négociateurs tenant notamment aux thèmes de négociation ou aux obligations procédurales ou substantielles à respecter. Dans le second, les partenaires ne doivent pas dépasser à la hausse ou à la baisse un seuil chiffré, destiné le plus souvent à protéger la santé ou la sécurité des salariés. Le contrôle de l'ordre public qui incombe en général au juge judiciaire, plus exceptionnellement au juge administratif, spécialement en cas d'extension d'un accord collectif de branche, s'effectue avec plus d'évidence quand l'ordre public est exprimé en exigences quantitatives que qualitatives. On relèvera toutefois que, même lorsque l'exigence d'ordre public est qualitative et qu'elle ne ressort pas avec évidence du texte¹¹, le juge peut en assurer le respect. Ainsi, le Conseil d'État, saisi comme juge de l'extension d'un accord collectif, a estimé qu'une telle exigence devait être respectée par les partenaires sociaux, spécialement en matière de contrats précaires, les stipulations conventionnelles ne pouvant pas par exemple « exclure de façon générale l'application du délai de carence dans tous les cas de succession de contrats à durée déterminée »¹².

Privatisation-dérégulation du règlement judiciaire. Cette forme de privatisation s'exprime également dans le contentieux du travail. Classiquement, les litiges du travail se résolvent par le biais d'une décision de la juridiction prud'homale, ce qui caractérise un mode de résolution des différends qualifiable de public. Pourtant, le règlement des litiges par des modes alternatifs *lato sensu* a le vent en poupe. Ces modes de résolution constituent une galaxie de dérégulation du règlement contentieux traditionnel, qui prend notamment trois formes.

En premier lieu, et de manière particulièrement essentielle d'un point de vue quantitatif, c'est par l'accord direct entre les parties que le contentieux échappe au juge judiciaire. L'accord transactionnel évince en effet le juge lorsqu'il est conclu antérieurement à toute saisine, mais fait également obstacle à la poursuite d'une action en justice ayant le même objet¹³. Très largement admise en droit du travail, qu'il s'agisse de l'exécution¹⁴ ou de la rupture du contrat¹⁵, la transaction est valorisée par les juges eux-mêmes. Après une période où la Cour de cassation a plutôt cherché à en circonscrire le domaine et la

¹⁰ C. trav., L. 3121-33.

¹¹ Était en cause l'article L. 1244-3, alinéa 2 du code du travail qui dispose que l'accord de branche « peut fixer les modalités de calcul de ce délai de carence ». La faculté tient donc au recours à l'accord collectif en la matière, mais, une fois recouru à l'accord, les partenaires sociaux doivent lui définir un champ d'application positif, le délai de carence ne pouvant donc être totalement évincé.

¹² CE, 27 avr. 2022, n° 440521, *BJT* juill. 2022, obs. F. BERGERON

¹³ C. civ., 2052.

¹⁴ Cass. soc., 16 oct. 2019, n° 18-18287 : *BJT* déc. 2019, p. 17, note J. ICARD.

¹⁵ Cass. soc., 11 janv. 2017, n° 15-20040 : *Cab. soc.* févr. 2017, p. 77, note J. ICARD.

portée¹⁶, notamment en contrôlant l'objet, la temporalité et le contenu transactionnel, le libéralisme a clairement désormais les faveurs de la Cour qui confère aux clauses de renonciation à tout litige une valeur quasi-absolue¹⁷, y compris dans le champ post-contractuel¹⁸. Ce faisant, elle permet aux parties de renoncer à tout règlement judiciaire ultérieure, y compris pour des éléments qui ne sont pas directement réglés par le protocole transactionnel. Cette faveur octroyée à la transaction n'allait en rien de soi, elle fut même en débats¹⁹ avant que la chambre tranche dans le sens d'une privatisation accrue du règlement des litiges.

La privatisation du règlement des litiges du travail s'illustre, en second lieu, par le recours à l'accord assisté, soit par la médiation. Cette dernière peut être purement conventionnelle ou initiée par le juge lui-même. Or, sur ces deux terrains, l'accord des parties est promu. La médiation conventionnelle a été ouverte par la loi Macron du 6 août 2015 à tous les litiges individuels de travail, alors qu'elle était réservée jusque-là aux litiges transfrontaliers²⁰. La médiation judiciaire a également été encouragée par le décret du 20 mai 2016 qui permet aux juges prud'homaux non seulement de désigner un médiateur avec l'accord des parties, mais en outre – entérinant ainsi une pratique – d'enjoindre aux parties de rencontrer un médiateur qui les informe sur l'objet et le déroulement de la mesure²¹. La place du juge étatique est ambiguë à cet égard. Si la médiation devait aboutir à un accord avant l'instance, il y a fort à parier qu'il prendrait la forme, et partant qu'il emprunterait la force, d'une transaction. Si la médiation aboutit en cours d'instance, elle est susceptible de prendre la forme d'une transaction mettant fin à l'instance ou d'un accord vraisemblablement homologué²² par le juge aux termes d'un contrôle dont les contours et la portée restent encore assez indécis²³. Le rapport sur les États généraux de la Justice s'inscrit dans cette perspective de promotion de la médiation en cours d'instance. En effet, le rapport propose, spécifiquement en matière sociale²⁴, la mise en œuvre de « la pratique de la césure du procès avec médiation intégrée permettant au juge de ne trancher que la question de procédure ou de droit principale et de redonner aux parties la maîtrise de leur procès en trouvant un accord sur les conséquences de la décision du juge »²⁵.

En dernier lieu, quoique de manière *a priori*²⁶ résiduelle sur le plan quantitatif, les parties peuvent choisir de confier leur litige à un arbitre. C'est la formule sans doute la plus aboutie de la privatisation du contentieux social. En effet, l'arbitre privé remplace

¹⁶ V. not. L. POULET, *Transaction et protection des parties*, préf. Y. LEQUETTE, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 452, 2005.

¹⁷ Cass. soc., 11 janv. 2017, préc.

¹⁸ Cass. soc., 17 févr. 2021, n° 19-20635 : *BJT* avril 2021, p. 28, obs. S. RANC ; *RDC* juin 2021, p. 109, note J. ICARD.

¹⁹ *Mensuel droit du travail*, n° 38, déc. 2012.

²⁰ D. BAUGARD, « La procédure participative et la médiation conventionnelle en matière prud'homale », *Cab. soc.* déc. 2015, p. 665.

²¹ C. trav., R. 1471-2

²² T. GOUJON-BETHAN, *L'homologation par le juge. Essai sur une fonction juridictionnelle*, préf. N. FRICERO, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 611, 2021.

²³ J. ICARD, « Le juge et les modes conventionnels de règlement des litiges du travail », *Dr. soc.* 2017. 33

²⁴ V. déjà en ce sens : Cass. soc., 14 janvier 2014, n° 12-28295 : *Cab. soc.* févr. 2014, obs. J. ICARD.

²⁵ *Rendre justice aux citoyens*, Rapport du comité des États généraux de la Justice, avril 2022, p. 189.

²⁶ Les seules statistiques en la matière sont celles évoquées dans son Baromètre *Médiation Et Arbitrage 2021* par le Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris qui fait état de quatorze dossiers d'arbitrage, non ventilés selon le contentieux.

purement et simplement le juge chargé du service public de la justice sociale. Cette substitution nécessite un accord des deux parties, désormais parfaitement efficace lorsqu'il est postérieur à la naissance du litige²⁷. Pour un coût loin d'être exorbitant²⁸, dans le cadre d'une procédure confidentielle et particulièrement réduite sur le plan temporel, l'arbitrage se place en concurrent sérieux de la justice publique pour la population – certes assez circonscrite – de salariés à laquelle elle s'adresse réellement.

Sans doute parce que cette privatisation-dérégulation rampante n'assure évidemment pas aux parties concernées des droits et garanties équivalents à ceux d'une décision judiciaire à la fois sur le plan procédural comme substantiel, elle rencontre quelques facteurs de résistance. Certains tiennent aux réticences judiciaires aux clauses permettant une dérégulation encore plus importante. Ainsi, les parties ne peuvent renoncer par avance au droit de saisir un juge soit temporairement, soit définitivement. Ainsi, la clause compromissoire n'est plus nulle, mais elle est inopposable au salarié de sorte que la Cour soumet le recours à l'arbitrage à la conclusion d'un compromis, c'est-à-dire d'une convention d'arbitrage conclue après la naissance du litige. La privatisation du règlement des litiges nés de la relation de travail ne peut donc être imposée au salarié via l'insertion d'une clause compromissoire dans le contrat de travail. Il en va de même en matière de médiation conventionnelle : la chambre sociale de la Cour de cassation, à rebours de la position adoptée par la chambre mixte²⁹, juge qu'une clause de médiation préalable est sans effet pour le salarié³⁰. La privatisation préalable et temporaire du litige ne peut donc nullement être indirectement imposée par l'intermédiaire d'une clause du contrat de travail. Quoique pas tout à fait convaincante dans ses justifications, la position est constante depuis dix ans autant dans son principe que dans sa justification.³¹ Un autre facteur de résistance à la privatisation du contentieux se situe hors du droit du travail. Le régime fiscal et social des accords trouvés devant le bureau de conciliation et d'orientation constitue à ce titre un effet d'aubaine judiciaire. Il est en effet plus avantageux que celui de l'indemnité transactionnelle et moins dangereux dans la mesure où le régime d'exonération n'est pas dicté par la nature des sommes, nécessairement sujette à débats, mais dépend du seul respect du barème forfaitaire de conciliation. Si le régime était supprimé ou si le législateur ou le juge décidait de l'appliquer à la transaction, les affaires réglées en conciliation s'effondreraient en quelques semaines. C'est donc de manière purement artificielle que le législateur maintient un semblant de contrôle judiciaire des accords de règlement.

²⁷ Cass. soc., 30 nov. 2011, n°11-12.905, *Bull. civ.* V, n° 277, *D.* 2012. 2991, obs. T. CLAY ; *Dr. soc.* 2012. 309, obs. B. GAURIAU ; *RTD com.* 2012. 351, obs. A. CONSTANTIN ; *ibid.* 528, obs. E. LOQUIN ; *Procédures* 2012, n° 3, p. 74, note A. BUGADA ; *Rev. arb.* 2012. 333, note M. BOUCARON-NARDETTO ; *JCP S* 2012. 1049, note S. BRISSY ; *CSB* 2012, n° 238, p. 35, note J. ICARD.

²⁸ V. par ex le barème du défunt Centre national d'arbitrage du Travail qui prévoyait des montants raisonnables et une répartition déséquilibrée à l'avantage des salariés.

²⁹ Cass., ch. mixte, 14 févr. 2003, nos 00-19.423 et 00-19.424, *Bull. ch. mixte*, n° 1 ; *D.* 2003. 1386, et les obs., note P. ANCEL et M. COTTIN ; *ibid.* 2480, obs. T. CLAY ; *Dr. soc.* 2003. 890, obs. M. KELLER ; *RTD civ.* 2003. 294, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *ibid.* 349, obs. R. PERROT ; *RDC* 2003. 182, note L. CADIET ; *RDC* 2003. 189, note X. LAGARDE ; *Rev. arb.* 2003. 403, note C. JAROSSON.

³⁰ Cass. soc., 5 déc. 2012, n° 11-20.004 ; *Bull. civ.* V, n° 326 ; *D.* 2012. 2936, obs. T. CLAY ; *Just. & cass.* 2013. 178, rapp. C. CORBEL ; *ibid.* 186, avis P. LALANDE ; *Dr. soc.* 2013. 178, obs. D. BOULMIER ; *ibid.* 576, chron. S. Tournaux ; *RDT* 2013. 124, obs. E. SERVERIN ; *RTD civ.* 2013. 171, obs. R. PERROT ; *JCP S* 2013. 1127, note G. FRANÇOIS ; *Procédures* 2013. comm. 4, p. 20, note A. BUGADA ; *JCP* 2013. 483, note O. CUPERLIER ; *Gaz. Pal.* 9 févr. 2013. 33, note S. AMRANI-MEKKI. Conf. : Cass. soc., avis, 14 juin 2022, n° 22-70.004 ; *Dalloz actualité*, 1er juillet 2022, T. GOUJON-BETHAN.

³¹ Cass. soc., avis, 14 juin 2022, préc.

II. La privatisation-substitution

La privatisation peut également procéder d'une substitution du droit commun civil au droit spécial du travail : c'est lors l'objet même du droit du travail qui est atteint. Le phénomène est particulièrement notable dans le contentieux du travail qui a abandonné beaucoup de dispositions spécifiques au profit du droit privé processuel. Elle n'en est pas moins absente du droit des relations de travail où elle prend des formes diverses.

Privatisation-substitution dans le contentieux du travail. Dans le contentieux du travail, la privatisation-substitution a pris une ampleur considérable. En effet, à la suite de plusieurs rapports relatifs aux dysfonctionnements, réels ou supposés, des juridictions prud'homales, les pouvoirs publics ont entendu réformer la procédure sociale en l'alignant sur la procédure civile de droit commun. Ce faisant de nombreuses spécificités du contentieux social ont été supprimées. Trois illustrations en sont particulièrement frappantes. En premier lieu, c'est le mode de saisine du Conseil de prud'hommes qui a évolué. Initialement, il était saisi selon des modes spécifiques et simplifiés, permettant à des salariés d'avoir un accès facilité au juge social, à savoir la demande ou la présentation volontaire des parties. Ces deux modes de saisine non formels ont été abandonnés en deux temps. D'abord, le décret du 20 mai 2016 a remplacé la demande par la requête, mode de saisine de droit commun des juridictions. Partant, le salarié doit désormais suivre les règles bien plus formelles même si la requête sociale est légèrement moins formelle que la requête civile³². C'est ensuite la saisine par présentation volontaire des parties qui a été supprimée plus récemment³³. La saisine de la juridiction prud'homale ne s'effectue plus que par requête³⁴. La saisine est donc désormais alignée sur toute saisine de juridiction civile : moyennant quelques rares spécificités, c'est le code de procédure civile qui fixe donc les règles. Témoigne, en second lieu, de cette privatisation substantielle du contentieux, la disparition des anciennes règles relatives à la comparution personnelle des parties et à l'oralité des débats. Jusqu'en 2016, les parties devaient comparaître personnellement pendant l'instance prud'homale au cours de laquelle l'oralité était déterminante. Le décret du 20 mai 2016 met fin à l'obligation de comparution personnelle sans qu'il y ait de contradiction avec le principe de conciliation³⁵. Sauf exception du défenseur syndical, les salariés et employeurs peuvent être assistés ou représentés dans des conditions proches de celles prévues en matière de procédure sans représentation obligatoire. En dernier lieu, l'une des grandes spécificités du contentieux social, soit le principe de concentration des demandes, appelé principe de l'unicité de l'instance, applicable depuis plus d'un siècle³⁶, a également été supprimée. Très critiqué et fortement réduit dans son domaine³⁷, ce principe pouvait être opposé aux salariés qui saisissaient une juridiction prud'homale de nouvelles demandes rattachables au même contrat de travail après un jugement définitif, sauf exception des demandes nouvelles en appel. Cette fin de non-recevoir conduisait donc à obliger le salarié à devoir concentrer l'ensemble des prétentions au sein d'une même instance. Sa suppression rend désormais pleinement

³² C. trav., R. 1452-2.

³³ Décret n° 2019-1333 du 11 décembre 2019 réformant la procédure civile.

³⁴ C. trav., R. 1452-1.

³⁵ CE, 30 janvier 2019, n°401681.

³⁶ Loi Cordelet du 27 mars 1907.

³⁷ V. not. M. KELLER LYON-CAEN, « Pour une meilleure pratique de la règle de l'unicité de l'instance prud'homale (en attendant la juridiction sociale du XXI^e siècle) », *Dr. ouv.* août 2014, n°793, p. 515.

applicables les dispositions du code de procédure civile. D'un côté, le salarié peut multiplier les instances pour des demandes différentes dans le respect des délais de prescription. De l'autre, les litiges sont soumis aux règles d'immutabilité des demandes en première instance³⁸ et d'irrecevabilité des demandes nouvelles en appel³⁹. Reste à savoir si la chambre sociale aura une appréciation similaire à celle des chambres civiles des exceptions tenant à la recevabilité des demandes additionnelles subordonnées, en première instance, à leur rattachement aux demandes originaires par un lien suffisant⁴⁰ et, en appel, à leur caractère accessoire, conséquentiel ou complémentaire des demandes originaires⁴¹. Sur le second point, la chambre sociale semble retenir une approche plutôt stricte en estimant que les demandes en paiement d'heures supplémentaires ne sont pas l'accessoire, la conséquence, ou le complément nécessaire des prétentions originaires limitées à des dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et pour exécution déloyale du contrat de travail⁴². Sur le premier point, les plaideurs sont encore dans l'expectative, la chambre sociale n'ayant pas eu le loisir de se prononcer sur l'application de l'article 70 du code de procédure civile. Eu égard aux positions concernant le lien suffisant entre demandes originaires et demandes additionnelles, il y a fort à parier que la Cour adoptera une approche stricte⁴³, prenant le contre-pied d'approches plus larges retenues par certaines cours d'appel⁴⁴.

Privatisation-substitution dans le droit des relations de travail. Dans le droit du travail, le retrait des dispositions travaillistes au profit des dispositions civilistes n'est pas ni flagrant, ni prépondérant. Il est cependant loisible d'identifier plusieurs formes de privatisation-substitution⁴⁵. Une première voie consiste de manière directe à abandonner les dispositions travaillistes pour recourir au droit privé général, c'est-à-dire le droit civil. De manière plus indirecte, la privatisation du droit du travail procède de manière plus insidieuse via une transformation des logiques traditionnelles inhérentes au droit du travail.

La plus évidente des illustrations de la forme directe de substitution se situe dans le champ de la responsabilité de l'employeur et de l'indemnisation corrélative du salarié. La chambre sociale avait en la matière initié à partir des années 90⁴⁶ un mouvement

³⁸ C. proc. civ., art. 65 et s.

³⁹ C. proc. civ., art. 564.

⁴⁰ C. proc. civ., art. 70.

⁴¹ C. proc. civ., art. 566.

⁴² Cass. soc., 25 mai 2022, n° 21-11478.

⁴³ V. par ex. : CA Rouen, 11 mars 2021, n° 18/03390.

⁴⁴ V. par ex. : CA Lyon, 25 juin 2020, n° 18/06903 ; CA Chambéry, 8 septembre 2020, n° 19/01490 ; CA, Colmar, 22 septembre 2020 – n° 19/01928 ; CA Versailles, 17 février 2021, n° 18/04382. Dans ces arrêts il est jugé, d'un côté, que toute demandes issues du même contrat de travail seraient nécessairement unies par un lien suffisant, de l'autre qu'il conviendrait de distinguer, d'une part, les demandes relatives à l'exécution du contrat et, d'autre part, celles relatives à la rupture du contrat, toute demande additionnelle entrant dans l'une des catégories (exécution ou rupture) étant justifiée dès lors qu'une demande de même catégorie a été originellement présentée.

⁴⁵ Sans citer certaines préconisées en doctrine, v. par ex notre tribune : « Pour un retour au droit commun de la prescription en droit du travail » *in* Controverse : Faut-il simplifier la prescription en droit du travail ?, RDT 2021, 556.

⁴⁶ Sans que soit utilisée la formulation consacrée – « cause nécessairement » – le mécanisme du préjudice nécessaire apparaît à quelques semaines d'écart, d'une part, dans le contentieux de la cause réelle et sérieuse (Cass. soc., 25 sept. 1991, n°88-41251, *Bull. civ.* V, n°380. *Contra* ant. : Cass. soc., 2 février 1989, n°86-40070) et, d'autre part, de manière formellement plus claire dans celui de l'inobservation par l'employeur de la procédure de licenciement (Cass. soc., 23 octobre 1991, n°88-42507, *Bull. civ.* V, n 428. *Contra* ant. : Cass. soc., 31 mai 1989, n°85-45181, *Bull. civ.* V, n°408).

d'autonomisation, qualifié de préjudice nécessaire⁴⁷, consistant à permettre la mise en œuvre de la responsabilité civile de l'employeur, non pas en écartant l'exigence d'un préjudice, mais en présumant son existence dès lors qu'un manquement identifié est caractérisé. Dans sa thèse, le professeur Christophe Radé évoquait d'ailleurs le phénomène naissant en ces termes : « les juges se montrent plus protecteurs pour ce qui concerne l'indemnisation du salarié licencié pour un motif disciplinaire en accordant automatiquement réparation des manquements d'ordre procédural⁴⁸ ». Même si le mécanisme, parfois qualifié de présomption de dommage, a été identifié hors du droit du travail, il a connu un « terrain d'élection »⁴⁹ particulier dans les relations professionnelles, au point de devenir un marqueur de l'autonomie du droit du travail en matière de responsabilité civile⁵⁰. Pourtant, en 2016, la chambre sociale a entendu re-privatiser le droit de la responsabilité de l'employeur en revenant à une application « plus orthodoxe des règles de la responsabilité civile »⁵¹, c'est-à-dire à un préjudice démontré⁵². Cette exclusion de l'approche travailliste du préjudice trouve son fondement dans un souhait de retour à une tradition privatiste, en partie mythifiée⁵³. Elle a pour effet le recul du rôle punitif de la responsabilité civile dans le champ social et la baisse de l'indemnisation versée aux salariés dont les droits ont été méconnus. Elle conduit ainsi à étendre le champ et la portée des fautes lucratives de l'employeur.

À côté de cette forme pure de substitution, l'observateur des évolutions juridiques travaillistes ne peut pas ignorer des mutations plus profondes relatives aux logiques traditionnellement attachées au droit social. La première grande mutation qui affecte le droit du travail concerne le recul de la logique de faveur attachée de longue date au droit du travail au point d'en faire un marqueur de son autonomie à l'égard du reste du droit privé. En effet, face à la multiplication des normes travaillistes, la logique simple qui s'est imposée était celle de la faveur faite aux salariés : en cas de concours, on appliquait la norme la plus favorable. En droit privé, les règles d'articulation fonctionnent différemment, on appliquera plus volontiers des règles d'articulation du type principe/exceptions ou la règle spéciale l'emporte sur la règle générale. La logique de faveur n'y a pas sa place pour une raison simple : la présence d'intérêts antagonistes n'est pas systématique et aucune partie faible ne peut être systématiquement caractérisée. Pourtant, cette marque de fabrique du droit du travail est en voie d'extinction. En cas de concours entre accords collectifs susceptibles de s'appliquer à une même situation, ce n'est plus l'accord collectif le plus favorable qui l'emporte, mais désormais c'est l'accord spécial – d'entreprise – qui l'emporte sur l'accord général – de branche. Lorsqu'un concours se produit entre l'accord collectif et le contrat de travail, tout est désormais fait pour que le contrat cède face à l'acte collectif. Il n'est pas certain que la doctrine privatiste fasse une lecture identique de ce phénomène qui en permettant

⁴⁷ Sur lequel v. not. L. GRATTON, « Le dommage déduit de la faute », *RTD civ.* 2013/2, p. 275 ; J. MOULY, « Les présomptions de dommage en droit du travail : abandon ou simple reflux ? », *RJS* 07/2016, p. 491 ; V. BONIN, « Le préjudice nécessaire : une évolution de la réparation en droit du travail », *RJS* 08/2017, p. 619.

⁴⁸ Ch. RADE, *Droit du travail et responsabilité civile*, préf. J. HAUSER, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1997, t. 282, spéc. n°139.

⁴⁹ L. GRATTON, art. préc.

⁵⁰ V. notre étude : J. ICARD, « Le préjudice nécessaire en droit du travail » in A. MAZOUZ, E. GARDOUNIS, A. DUMERY, *Les évolutions contemporaines du préjudice*, L'Harmattan, coll. Droit, Société et Risque, 2019.

⁵¹ BICC n°849, 15 oct. 2016, n°1220 ; Rapport annuel 2016, p. 247.

⁵² Cass. soc., 13 avril 2016, n°14-28293 : *Bull. civ.* V, n°72 ; *JCP E* 2016, 1659, note G. DUCHANGE ; *Gaz. Pal.* 14 juin 2016, n°22, p. 64, note P. BAILLY ; *Cab. soc.* juin 2016, p. 302, obs. J. ICARD.

⁵³ J. ICARD, « Le préjudice nécessaire en droit du travail », préc.

de faire céder l'objet contractuel ne semble *prima facie* pas respectueux de la force obligatoire des contrats. Pour autant, c'est bien en vertu d'un accord du salarié – nécessairement donné, quoique forcé⁵⁴ – que le contrat de travail ploie sous le poids conventionnel, les apparences privatistes sont sauvées. En réalité, c'est moins la logique contractuelle qui est méconnue que la logique de faveur, pourtant fondée sur l'éviction de l'égalité formelle, chère au droit privé, au profit d'une égalité réelle. La seconde illustration de la mutation des logiques concerne la réduction de l'action collective. Le propos pourrait ici paraître contradictoire avec celui précédemment développé relatif à la place grandissante faite par le législateur à l'accord collectif de travail. Il n'en est rien. Il ne s'agit pas de mettre ici en exergue le retrait de la norme collective, mais l'affaiblissement de l'action collective en droit du travail. Ce droit s'est précisément construit sur le refus du modèle privatiste de négociation de gré à gré notamment à partir de la reconnaissance de l'action collective destinée à rééquilibrer le rapport de travail. Or, l'emprise de l'action collective se réduit fortement en droit du travail, ce qui est d'autant plus paradoxal qu'elle connaît une forme d'expansion en droit privé. L'action collective au sens matériel du terme est en voie de disparition. Les statistiques des jours de grève sont limpides : hors transports collectifs et fonction publique, la grève a quasiment disparu du paysage social français. Quant à l'action collective judiciaire, traditionnellement tournée vers la défense des intérêts collectifs des salariés et exercée par les organisations syndicales, elle joue un rôle assez limité et n'a jamais été pensée ou exercée comme un supplétif de l'action collective traditionnelle. Quantitativement résiduelle⁵⁵, l'action en justice des organisations syndicales n'est donc pas en mesure d'assurer, sur le plan judiciaire, le rôle de relai des revendications professionnelles traditionnellement assurée par la grève. Il n'est dès lors pas illogique que la conflictualité sociale, parce qu'elle n'est plus canalisée par des voies syndicales, se déploie alors par d'autres voies⁵⁶. Pas sûr que les droits salariaux en ressortent gagnants.

En définitive, caractériser une privatisation du droit du travail ne relève en rien de l'évidence. D'abord et avant tout, en raison des différentes acceptions de la notion qui rend délicate l'appréhension d'un phénomène univoque. Une fois acceptée l'idée que la formule permet de décrire des phénomènes de mutation de cette branche du droit, on est tenté d'identifier deux grandes formes de privatisation du droit du travail. D'un côté, le droit du travail traverse une phase de dérégulation : le droit du travail se procéduralise autant dans la production normative que dans le règlement des litiges. L'acteur public traditionnel – le législateur ou le juge – se met en retrait au profit des parties privées intéressées. Le mouvement est patent, mais il n'est ni absolu, ni totalement achevé. De l'autre, le droit du travail se privatise au sens propre, soit en accordant une place de plus en plus importante aux dispositions privatistes classiques, soit en abandonnant certaines des logiques historiques sur lesquelles il s'est construit au profit de logiques privatistes.

⁵⁴ Sur ce point, v. M. FABRE-MAGNAN, « Le forçage du consentement du salarié », *Dr. ouv.* juillet 2012, n°768, p. 459.

⁵⁵ F. GUIOMARD, « Syndicats : évolutions et limites des stratégies collectives d'action juridique », *Mouvements* 2003/4 (n°29), p. 47-54.

⁵⁶ O. FILLIEULE, S. HAYAT ET S. MONCHATRE, « Trois regards sur le mouvement des "Gilets jaunes" », *La nouvelle revue du travail*, 17 | 2020.

Libres propos

Articles

Direct supervisory powers of European Securities and Markets Authority

Krista Zarina*,

Legal Officer, *Autorité européenne des marchés financiers*

I. Introduction

The direct supervisory powers, i.e., day-to-day supervision and enforcement powers, of European Securities and Markets Authority (ESMA) have evolved significantly ever since its inception in 2011, following the financial crisis of 2007/2008; this marked a notable shift in financial regulation, compared to ESMA's predecessor - the Committee of European Securities Regulators (CESR), from mainly advisory role to much more regulatory powers attributed at an EU, rather than national level. Ever since then the supervisory mandate of ESMA has evolved, in great part as a response to financial market developments, as well as Brexit.

Starting with direct supervision of credit rating agencies (CRAs) since 2011 the current supervisory regime of ESMA also comprises trade repositories (TRs) since 2013, securitisation repositories (SRs) and third-country central counterparties (CCPs) since 2020 and most recently – administrators of EU critical and third-country benchmarks and data reporting service providers (DRSPs) since 2022.

In addition to the direct supervisory powers over the entities described above, ESMA also plays an important role in the third-country regime which allows CRAs and TRs established in the third countries to provide services in the Union upon recognition by ESMA. Such third-country regimes are subject to certain conditions, most importantly – an equivalence of the third-country legislative and regulatory arrangements with those set out under the Union law. A more elaborate third-country regime and more comprehensive supervision by ESMA is put in place in respect of third-country CCPs and benchmark administrators, as described in more detail below.

This article aims to provide an overview of each of the direct supervisory mandates – the context of the relevant legislation, scope and the main aspects relating to ESMA's direct supervisory role. It also analyses the practical implementation of these powers, including the review mechanisms for ESMA's decisions.

II. Credit rating agencies

Regulation (EC) No 1060/2009¹ on credit rating agencies (hereafter – 'CRA Regulation') dates back to 2009 and became applicable on 7 December 2010²; until then CRAs remained largely unregulated at the national or Union level (apart from some limited areas, such as insider dealing and market manipulation³) and voluntarily applied International Organization of Securities Commissions (IOSCO) Code of Conduct for Credit Rating Agencies⁴. The main driver for creating such specific

* L.L.M., The views expressed in this article are privately held by the author and cannot be attributed to the European Securities and Markets Authority.

¹ Regulation (EC) No 1060/2009 of the European Parliament and of the Council of 16 September 2009 on credit rating agencies, OJ L 302, 17.11.2009, p. 1.

² Except for deferred application of the provisions on the use of credit ratings for regulatory purposes and the credit rating endorsement regime.

³ Recital (2) of CRA Regulation.

⁴ 2008 revised version applicable at the time, available at: <https://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD271.pdf>.

regulatory framework for credit rating activities in the EU was the 2007-2008 financial crisis and the significant failures on the part of CRAs that contributed to it. As outlined by the Commission in its proposal⁵ for the CRA Regulation, CRAs underestimated the risks associated with structured finance products, assigned highest rating to a great majority of subprime products and failed to promptly adjust the issued ratings when the markets started to worsen significantly. All this led to a call for creation of a regulatory framework for the issuance of credit ratings and the operation of CRAs, starting from the conflict-of-interests management, transparency, credit rating quality and internal governance, to supervision of the CRAs. Initially this regulatory framework was meant to remain to a large extent at national level, whereby the registration and supervision of CRAs would be done by national competent authorities, although an already enhanced pan-European involvement was envisaged from The Committee of European Securities Regulators (hereafter – ‘CESR’), ESMA’s predecessor, and the colleges of national competent authorities in the registration process of CRAs, as well as enforcement matters.⁶

However, the many shortcomings of the original CRA Regulation and the parallel initiative on the creation of European System of Financial Supervision (hereafter- ‘ESFS’)⁷ resulted in significantly changing the supervisory framework of the financial sector in the Union. Consequently, CRAs were placed under EU-centralised supervision, namely ESMA, as of 1 July 2011⁸, following the adoption of amendments (CRA Regulation II)⁹ to CRA Regulation and Regulation (EU) No 1095/2010¹⁰ establishing a European Supervisory Authority (European Securities and Markets Authority) (hereafter – ‘ESMA Regulation’). CRA Regulation II granted ESMA with the full spectrum of supervisory powers over CRAs – starting from the registration to ongoing supervision and sanctioning. CRA Regulation sets out the available supervisory tools, such as requests for information, general investigations and on-site inspections¹¹, which are used as part of day-to-day supervision but may also be used by the independent investigation officer (‘IIO’)¹² (i.e., where supervisory work reveals serious indications of the existence of infringement(s) under CRA Regulation, the case is referred to IIO for investigation). The measures, at the disposal of ESMA in case

⁵ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Credit Rating Agencies {SEC(2008) 2745} {SEC(2008) 2746} /* COM/2008/0704 final - COD 2008/0217 */.

⁶ Articles 15, 16 and 17 (registration), Article 20 (withdrawal of registration), Articles 24 and 25 (supervisory measures), and Article 28 (on-site inspections and investigation) of CRA Regulation, as in force at the time.

⁷ C.f. Commission communication of 2009 proposing to establish ESFS, consisting of a network of national financial supervisors working in tandem with new European Supervisory Authorities (ESAs), created by transforming the existing European supervisory committees into a European Banking Authority (EBA), a European Insurance and Occupational Pensions Authority (EIOPA), and ESMA, as well as establishing a European Systemic Risk Board (ESRB), to monitor and assess potential threats to financial stability that arise from macro-economic developments and from developments within the financial system as a whole, available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:mi0017>.

⁸ Article 40a of CRA Regulation.

⁹ Regulation (EU) No 513/2011 of the European Parliament and of the Council of 11 May 2011 amending Regulation (EC) No 1060/2009 on credit rating agencies, OJ L 145, 31.5.2011, p. 30.

¹⁰ Regulation (EU) No 1095/2010 of the European Parliament and of the Council of 24 November 2010 establishing a European Supervisory Authority (European Securities and Markets Authority), amending Decision No 716/2009/EC and repealing Commission Decision 2009/77/EC, OJ L 331, 15.12.2010, p. 84.

¹¹ Articles 23b, 23c, and 23d of CRA Regulation.

¹² Article 23e(2), second subparagraph.

CRA do not comply with the CRA Regulation, include imposing fines and periodic penalty payments (Articles 36a and 36b of CRA Regulation), requiring the credit rating agency to bring the infringement to an end, suspending the use of credit ratings for regulatory purposes, temporarily prohibiting the credit rating agency from issuing credit ratings and, as a last resort, withdrawing the registration when a CRA has seriously or repeatedly infringed the Regulation (Article 24 of CRA Regulation). At the same time, CRA Regulation II introduced a defined framework on how ESMA¹³ should execute its wide-ranging powers. This was done particularly with the *Meroni* doctrine¹⁴ in mind, as it was already outlined in the Commission's Impact Assessment for CRA Regulation II¹⁵: "[...] agencies/authorities may not be delegated the power to take decisions which require difficult choices in reconciling various objectives laid down in the Treaty amounting to the execution of actual economic policy. On the other hand, clearly defined executive powers can be delegated to an agency, including powers that involve the need to interpret Community law provisions to determine their application and which leave the authority a certain margin of appreciation in applying these rules."

This framework consists of substantive registration, organisational, operational and disclosure requirements addressed to CRAs, breaching of which leads to corresponding infringements as listed in the Annex III to CRA Regulation. It should be noted in this regard that the CRA Regulation therefore applies not only to already registered CRAs but also to legal entities established in the Union that perform credit rating activity. When doing so without having applied for registration with ESMA, it accordingly constitutes an infringement of the CRA Regulation.¹⁶ According to ESMA, in order for such infringement to be found "[...]each of the following elements must be satisfied: (i) the relevant entity must be a legal person established in the Union; (ii) the legal person must have issued credit ratings as defined by Article 3(1)(a) of the CRA Regulation; (iii) the occupation of the legal person must have included the issuing of credit ratings on a professional basis (the legal person will therefore be a CRA); (iv) the CRA must have issued credit ratings that were disclosed publicly or distributed by subscription; and (v) the CRA must not have applied for registration for the purposes of Article 2(1) of the CRA Regulation".¹⁷ This infringement was at the core of the *Nordic banks* case where ESMA found that five banks mainly operating in the Nordic region had breached CRA Regulation, since they issued the so-called 'shadow ratings' which in fact corresponded to the definition of credit ratings under Article 3(1)(a) of CRA Regulation, without having applied for registration with ESMA (analysed in more detail in Section 7).¹⁸

¹³ The Commission's Proposal for CRA Regulation II (COM/2010/0289 final - COD 2010/0160) originally envisaged that ESMA would propose sanctioning decisions for the Commission to ultimately adopt them; this proposal, however, was not kept in the final wording of CRA Regulation II which entrusted ESMA directly to take individual sanctioning decisions addressed to CRAs.

¹⁴ Case 9/56 *Meroni v High Authority* [1957 - 1958] ECR 133.

¹⁵ Impact Assessment Accompanying document to the Proposal for a Regulations of the European Parliament and of the Council amending Regulation (EC) No 1060/2009 on credit rating agencies {COM(2010) 289 final} {SEC(2010) 679}, p.13.

¹⁶ Point 54 of Section I of Annex III of CRA Regulation.

¹⁷ Decision 2019/4 against Svenska Handelsbanken AB (publ) (ESMA41-139-1231), para. 15.

¹⁸ Svenska Handelsbanken AB (publ) (ESMA41-137-1147), Nordea Bank Abp (publ) (ESMA41-137-1150), Skandinaviska Enskilda Banken AB (publ) (ESMA41-137-1153), Swedbank AB (publ) (ESMA41-137-1152), Danske Bank A/S (ESMA41-137-1145), Article 1 of all decisions referred.

In case ESMA finds that a CRA has committed one or more of the infringements set out in CRA Regulation, it shall take one or more of the supervisory measures (withdrawal of registration, prohibiting the issuance of credit ratings, suspension of use of credit ratings for regulatory purposes, requiring a CRA to bring an infringement to an end and/or issuing a public notice)¹⁹ while having proper regard to the nature and seriousness of the infringement²⁰.

Moreover, if the infringement(s) are committed negligently or intentionally, ESMA shall impose a fine²¹. Therefore, CRA Regulation does not foresee discretion and requires ESMA to adopt supervisory measure (and impose fines in case of negligence or intentionality) in case it has established a breach of CRA Regulation.

As regards establishing the amount of the fines, the procedure is prescribed by CRA Regulation in detail and is as follows: first, for each infringement a basic amount of the fine is prescribed in Article 36a of CRA Regulation, the precise amount of which is to be established by taking into account the annual turnover of the CRA; currently²² the basic amounts range from EUR 25 000 (for less severe infringements) to EUR 750 000 (for most severe infringements related to conflicts of interest, operational and organisational requirements), per infringement; then, Annex IV sets out aggravating and mitigating factors, and corresponding coefficients to be applied to the basic amount of the fine, thereby increasing or decreasing the final amount to be imposed. Lastly, an overall cap of 20% of the annual turnover of the CRA in the preceding business year is set as the maximum amount of the fine that can be imposed²³.

In terms of procedure, CRA Regulation (and Commission Delegated Regulation (EU) No 946/2012²⁴ on the rules of procedure for imposing fines and periodic penalty payments) sets out detailed rules to be followed, starting with the appointment of an IIO²⁵, who shall investigate the alleged infringements and for a final decision on finding the infringements (and imposing fines/periodic penalty payments and/or other supervisory measures, such as the adoption of public notice) to be adopted by the Board of Supervisors²⁶ (collegial body comprising ESMA Chair and the heads of national supervisory authorities²⁷). During the entire process, the right to be heard is

¹⁹ Article 24(1) of CRA Regulation.

²⁰ Article 24(2) of CRA Regulation.

²¹ Article 36a(1), first subparagraph of CRA Regulation.

²² In 2013 CRA Regulation was amended by Regulation (EU) No 462/2013 of the European Parliament and of the Council of 21 May 2013 amending Regulation (EC) No 1060/2009 on credit rating agencies (OJ L 146, 31.5.2013, p. 1) (CRA Regulation III) which introduced further requirements on transparency and avoidance of conflicts of interest, and accordingly supplemented the list of corresponding infringements.

²³ Article 36a(4) of CRA Regulation.

²⁴ Commission Delegated Regulation (EU) No 946/2012 of 12 July 2012 supplementing Regulation (EC) No 1060/2009 of the European Parliament and of the Council with regard to rules of procedure on fines imposed to credit rating agencies by the European Securities and Markets Authority, including rules on the right of defence and temporal provisions, OJ L 282, 16.10.2012, p. 23.

²⁵ Article 23e(1) of CRA Regulation.

²⁶ Article 23e(5) of CRA Regulation.

²⁷ Article 40(1) of ESMA Regulation sets out the composition of ESMA Board of Supervisors that comprises ESMA Chair (non-voting), heads of national competent authorities (voting), representatives of the European Commission, European Systemic Risk Board and European Banking Authority and European Occupational Pensions and Insurance Authority (all non-voting); According to Article 44(4) of ESMA Regulation, only voting members and ESMA Chair and Executive Director should be present when decisions addressed to individual financial market participants are being deliberated and adopted.

provided for – both, during the IIO’s investigation, as well as during the final decision-making by the ESMA Board of Supervisors²⁸. The right to be heard entails the right of the CRA subject to investigation to comment on IIO’s findings, before they are submitted to ESMA Board of Supervisors, as well as on ESMA’s findings, before the final decision is taken by the Board of Supervisors. This right also entails access rights to the case file. Only in exceptional circumstances, where an urgent action needs to be taken to prevent significant and imminent damage to the financial system, ESMA Board of Supervisors may adopt interim decisions without hearing the CRA concerned, provided that this right is granted as soon as possible after taking the decision.²⁹

Considering that the direct supervisory powers of ESMA over CRAs are in existence for over 10 years already, there is also a notable track record on enforcement actions, with 18 decisions taken by ESMA imposing fines and/or adopting public notices for the infringements of CRA Regulation³⁰; the total amount of the fines to date, imposed by ESMA on CRAs, is EUR 12 590 500.

In taking these decisions, ESMA has also clarified certain legal concepts applied in the course of enforcement proceedings – such as the concept of negligence, which is of particular relevance for ESMA’s enforcement decisions as it constitutes a decisive factor, which once established, obliges ESMA to impose fines. In particular, as mentioned above, imposition of a fine can only take place if it is found that the infringement on the part of a CRA was committed intentionally or with negligence. There have been no precedents in ESMA’s decisions where intentionality was found on the part of a CRA. However, in a number of instances (i.e., in all decisions imposing fines), it was established that the CRA(s) acted negligently in committing the infringements. ESMA has elaborated and applied the concept of negligence, having regard to settled case-law of the CJEU³¹, and has consistently concluded, like in the latest decision of 2021 against Moody’s, that “it is clear from the second subparagraph of Article 36a(1) of the CRA Regulation that a negligent infringement is not an infringement which was committed deliberately or intentionally. This position is further reinforced by the case-law of the CJEU which ruled that negligence may be understood as entailing an unintentional act or omission”³² and that “the concept of a negligent infringement of the CRA Regulation is to be understood to denote a lack of

²⁸ Articles 23e(3), 23e(5), 25 and 36c of CRA Regulation.

²⁹ Article 25(1), second subparagraph of CRA Regulation.

³⁰ 2014: Standard & Poor’s Credit Market Services France SAS and Standard & Poor’s Credit Market Services Europe Limited (ESMA/2014/544), 2015: DBRS Ratings Limited (ESMA/2015/1048), 2016: Fitch Ratings Limited (ESMA/2016/1131), 2017: Moody’s Deutschland GmbH and Moody’s Deutschland GmbH (ESMA41-137-1005), 2018: Danske Bank A/S (ESMA41-137-1145), 2019: Fitch Ratings Ltd. (ESMA-41-356-11), Fitch France S.A.S. (ESMA-41-356-14) and Fitch Ratings Espana S.A.U (ESMA-41-356-13), Svenska Handelsbanken AB (publ) (ESMA41-139-1231), Nordea Bank Abp (publ) (ESMA41-139-1224), Skandinaviska Enskilda Banken AB (publ) (ESMA41-139-1229), Swedbank AB (publ) (ESMA41-139-1230), 2020: Scope Ratings GmbH (ESMA41-356-77), 2021: Moody’s Investors Service Ltd (ESMA41-356-114), Moody’s France S.A.S. (ESMA41-356-129), Moody’s Deutschland GmbH (ESMA41-356-130), Moody’s Italia S.r.l. (ESMA41-356-131), Moody’s Investors Service España S.A. (ESMA41-356-132), all available at: [Enforcement actions \(europa.eu\)](https://www.esma.europa.eu/enforcement-actions).

³¹ C.f., Case C-308/06, International Association of Independent Tanker Owners (Intertanko) and Others v Secretary of State for Transport [2008] ECR I- 4057; Case C-48/98, Firma Söhl & Söhlke v Hauptzollamt Bremen [1999] ECR I-7877, para. 58; Case C-64/89, Deutscher Fernsprecher [1990] ECR I-2535, 6 Case T-336/07, Telefónica, SA and Telefónica de España, SA v Commission [2012] ECLI:EU:T:2012:172.

³² Decision of the Board of Supervisors of 23 March 2021 No 2021/1 To adopt supervisory measures and impose fines in respect of infringements committed by Moody’s UK (ESMA41-356-114), para. 115.

care on the part of a CRA when it fails to comply with [CRA] Regulation.”³³ In lights of this and having regard to the specificities of the field in which CRAs operate, being a regulated financial market, and the important role CRAs play in it, ESMA “[...] will consider negligence to be established in circumstances where the CRA, as a professional firm in the financial services sector subject to stringent regulatory requirements, is required to take special care in assessing the risks that its acts or omissions entail, and has failed to take that care; and as a result of that failure, the CRA has not foreseen the consequences of its acts or omissions, including particularly the infringement of the CRA Regulation, in circumstances when a person in such a position who is normally informed and sufficiently attentive could not have failed to foresee those consequences.”³⁴

Therefore, CRA Regulation and the supervisory practice developed underneath it formed a blueprint for the next mandates to come, as described further below.

III. Trade repositories and Securitisation repositories

A. Trade repositories under EMIR

Shortly after the CRAs, the next financial market participants that were placed under direct ESMA’s supervision were trade repositories (TRs). The regulatory framework on TRs came in the same context as for CRAs – namely, in the aftermath of the financial crisis, having regard to the notable role that over-the-counter (‘OTC’) derivatives (particularly, credit default swaps) had on the crisis. In response to this, calls for mandatory clearing of OTC derivatives and the supporting infrastructure for that – namely, central clearing houses (CCPs, analysed in Section 3 below) and TRs, to which counterparties of a derivative contract shall report the trades for dissemination to regulators (both, national and EU authorities), resulted in a Proposal for EU regulation addressing these aspects.³⁵ Already in the Proposal the Commission put forward direct supervision of TRs by ESMA, emphasising the need to ensure the same level of access to trades data for authorities across the EU³⁶. It is also noted that like in the case of Proposal for CRA Regulation, it was originally intended that in respect of sanctioning measures ESMA would only propose decisions, for them to be ultimately adopted by the Commission; as in the case of CRA Regulation this was not maintained in the final text of the Regulation (EU) 648/2012³⁷ (hereafter – ‘EMIR’), therefore granting ESMA full supervisory powers over TRs directly. This regime became applicable in 2013³⁸, in anticipation of the OTC derivatives reporting obligation which started to apply as of 12 February 2014.

³³ *Ibid.*, para. 117.

³⁴ *Ibid.*, para. 118.

³⁵ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on OTC derivatives, central counterparties and trade repositories, COM/2010/0484 final - COD 2010/0250.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ Regulation (EU) No 648/2012 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2012 on OTC derivatives, central counterparties and trade repositories, OJ L 201, 27.7.2012, p. 1.

³⁸ It should be noted that EMIR at the time did not provide for a specific date of application, different from the entry into force date (being in August 2012); at the same time, EMIR provisions governing reporting obligation, registration of TRs, as well as their operational requirements envisaged certain delegated acts to be adopted by the Commission (namely Article 9 of EMIR on information to be reporting to TRs, Article 56 of EMIR on information to be provided by TR in its application for registration and 81 of EMIR on data to be published and made available by the TRs), which were essential for the EMIR regime to be complete and functional. While EMIR specified the deadline for ESMA to develop drafts

The main objective of EMIR was to increase transparency and soundness of OTC derivatives markets, which is achieved via two main building blocks: (i) mandatory clearing of standardized OTC derivatives by CCPs (entities acting as ‘seller to every buyer’ and ‘buyer to every seller’ thus minimizing the risks stemming from counterparty’s default) and (ii) mandatory reporting of derivatives trades data to TRs (entities acting as centralised data hubs, gathering and disseminating trade data using common reporting standards)³⁹. Therefore, the main role of TRs is to collect derivatives trade data from the counterparties, and to provide direct and immediate access to such reported data to the regulators⁴⁰. As explained in the Commission’s Impact Assessment for the EMIR Proposal “[t]he primary public policy benefit of a [TR] is the increased transparency allowed by its record-keeping function and the integrity of information it maintains”⁴¹.

The framework of EMIR in respect of EU TRs resembles very much that of CRAs in the way it is structured. Namely, it sets out the registration requirements, and the substantive operational and business-conduct requirements applicable to TRs, with corresponding infringements for breaches thereof being set out in Annex I of EMIR. While the overall structure in this sense is similar to CRA Regulation, the substantial requirements and infringements are of course notably different, being designed for the very specific entity type and its operations. For example, unlike CRA Regulation, EMIR does not provide for an infringement for carrying out TR activity without registration with ESMA – which is logical given that TRs only operate with data they have received (and reporting parties are obliged to report only to recognised TRs (or recognised third-country TRs))⁴².

As regards the exercise of ESMA’s direct supervisory powers, those as well follow the same pattern as established by CRA Regulation. Namely, EMIR sets out detailed procedural rules to be followed by ESMA when exercising its powers – starting from the activities mainly used as part of supervision⁴³ (request for information, general investigations and on-site inspections⁴⁴), to the appointment of an IIO to investigate a potential breach on the part of TR⁴⁵, and finally with enforcement decisions ultimately adopted by the ESMA Board of Supervisors⁴⁶, while ensuring the right to be heard at each stage⁴⁷. More detailed procedural rules are set out in Commission Delegated

for the relevant technical standards (i.e., by 30 September 2012), there was no fixed deadline for Commission to adopt them; thus, the standard 3-months period as prescribed under ESMA Regulation would apply). Most of these delegated acts were applied end-December 2012, coming into force beginning of 2013; therefore, effectively the supervisory regime in respect of TRs only started as of then.

³⁹ In case of unavailability of a TR, the fall-back option for the counterparties is to report the data to ESMA, pursuant to Article 9(3) of EMIR.

⁴⁰ Articles 9, 80, and 81 of EMIR.

⁴¹ Impact Assessment, Accompanying document to the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on OTC derivatives, central counterparties and trade repositories, COM(2010) 484 final, SEC(2010) 1059, p. 86.

⁴² Article 9(1) of EMIR.

⁴³ As in the case of CRAs, also under EMIR the same tools can also be used by the IIO as part of his/her investigation pursuant to Article 64(2), second subparagraph of EMR.

⁴⁴ Articles 61, 62, and 63 of EMIR.

⁴⁵ Article 64(1) of EMIR.

⁴⁶ Article 64(5) of EMIR.

⁴⁷ Articles 64(3), 64(5), and 67 of EMIR.

Regulation (EU) No 667/2014⁴⁸ (on rules of procedure for penalties imposed on TRs, including rules on the right of defence and temporal provisions). Similarly, as in CRA Regulation, in case an urgent decision needs to be taken, right to be heard may be postponed following the adoption of interim decision; in this regard the Commission Delegated Regulation No 667/2014 was specifically amended⁴⁹ to provide for procedural rules for granting the right to be heard in such situations, whereas no such equivalent rules have been provided under the procedural rules under CRA Regulation⁵⁰ thus creating a slight divergence between the two regimes.

EMIR, just like CRA Regulation, does not give any leeway for ESMA to decide whether or not to adopt a supervisory measure in case an infringement is established; namely, Article 73 of EMIR obliges ESMA to take one or more of the supervisory measures – requiring a TR to bring an infringement to an end, imposing fines, issuing public notice, and as a last resort- withdraw recognition – in case a TR has committed one or more infringements of EMIR. Moreover, where the infringement(s) have been committed intentionally or with negligence, ESMA shall impose a fine.⁵¹ The methodology for calculating and imposing fines also follows the one under CRA Regulation – with basic amounts per infringement set by EMIR⁵², and aggravating/mitigating factors with corresponding coefficients accordingly reducing or increasing the final amount provided in Annex II. The basic amounts are slightly lower than the ones provided under CRA Regulation (and that of course having in mind the scale of entities mainly subject to the relevant regimes – the CRA market being dominated by the top 3 global CRAs⁵³ and TRs mostly operating at EU-level only). Accordingly, the basic amounts of the fines currently start from EUR 5000 (for impeding supervisory activities of ESMA), to EUR 200 000, for breaching the core obligations of TRs, such as ensuring the integrity of the data and providing the regulators with access to such data). These amounts now reflect the increase of the basic amounts (by amendments to EMIR in 2019⁵⁴), in order to ensure that the fines are effective, proportionate and dissuasive.

As regards ESMA's enforcement activities against TRs, these have resulted in five enforcement decisions taken so far⁵⁵ with the overall amount of the fines imposed to date being EUR 952 500. Illustrating once again the importance of the main function

⁴⁸ Commission Delegated Regulation (EU) No 667/2014 of 13 March 2014 supplementing Regulation (EU) No 648/2012 of the European Parliament and of the Council with regard to rules of procedure for penalties imposed on trade repositories by the European Securities and Markets Authority including rules on the right of defence and temporal provisions, OJ L 179, 19.6.2014, p. 31.

⁴⁹ Commission Delegated Regulation (EU) 2021/732 of 26 January 2021 amending Delegated Regulation (EU) No 667/2014 with regard to the content of the file to be submitted by the investigation officer to the European Securities and Markets Authority, the right to be heard with regard to interim decisions and the lodging of fines and periodic penalty payments, OJ L 158, 6.5.2021, p. 8.

⁵⁰ Commission Delegated Regulation (EU) No 946/2012, OJ L 282, 16.10.2012, p. 23.

⁵¹ Article 65 of EMIR.

⁵² Article 65 of EMIR.

⁵³ S&P, Moody's and Fitch together having over 90% of the market share in 2020, Report on CRA Market Share Calculation (ESMA80-416-197), p. 6.

⁵⁴ Regulation (EU) 2019/834 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2019 amending Regulation (EU) No 648/2012 as regards the clearing obligation, the suspension of the clearing obligation, the reporting requirements, the risk-mitigation techniques for OTC derivative contracts not cleared by a central counterparty, the registration and supervision of trade repositories and the requirements for trade repositories, OJ L 141, 28.5.2019, p. 42.

⁵⁵ 2016: DTCC Derivatives Repository Ltd (ESMA/2016/408), 2019: Regis-TR (ESMA41-356-34), 2021: DTCC Derivatives Repository Plc (ESMA41-356-187), UnaVista Limited (ESMA41-356-233), 2022: Regis-TR, S.A. (ESMA41-356-271), all available at: [Enforcement actions \(europa.eu\)](https://ec.europa.eu/enforcement-actions/).

of the TRs – to serve as a reliable central data hub, ensuring that the regulators have access to information they need to fulfil their supervisory mandates and are able to properly monitor risks in OTC derivatives markets – all five decisions concerned a finding of a breach to Article 81(2) of EMIR – the obligation to provide the regulators listed in Article 81(3) of EMIR with direct and immediate access to information reported to the TRs. All five decisions- relying on the negligence test developed under CRA case precedents and described in the previous section – found the relevant entities having negligently breached the requirements of EMIR and accordingly adopted supervisory measures in the form of imposing fines and issuing public notices.

In particular, the first DDRL case in 2016⁵⁶ concerned providing regulators with the data not within the deadlines prescribed by law and eventually with notable delays (thus non-compliant with the ‘direct and immediate’ requirement as set out in Article 81(2) of EMIR). The next case, against Regis-TR in 2019⁵⁷ was also concerning ‘direct and immediate’ access but this time regards the content of the information reported. The second case against DDRL, in 2021⁵⁸, concerned a breach of two EMIR requirements: Article 80(1) of EMIR, which requires TRs to ensure confidentiality, integrity and protection of data reported to it; and Article 81(2) of EMIR (‘direct and immediate access’). In that case the TR allowed asset managers to have access to all positions related to a fund, although they managed only part of it (and thus should not have been entitled to see all positions, including those not under their management), which constituted a ‘confidentiality’ breach under Article 80(1) of EMIR. In this case ESMA also took the occasion to specify further the expectations from TRs in order for them to be deemed compliant with Article 81(2) and particularly that “[...] to comply with the obligation under Article 81(2) the details of derivatives contracts, to which the Regulators must be provided access, must also be correct and reliable, for the Regulators to fulfil their responsibilities and mandates”⁵⁹.

The other case of 2021⁶⁰, against UnaVista, concerned the same issues as 2021 DDRL case – namely, that of ‘integrity’ and ‘direct and immediate’ access. Reaching the same conclusions as in the previous cases, ESMA Board of Supervisors found the TR to have breached Article 80(1) of EMIR because of the improper system set-up that altered the data reported to it, and which accordingly also led to non-compliance with ‘direct and immediate’ access requirement. Here, another important expectation of ESMA has been highlighted and namely that of the concept of ‘integrity’ (under Article 80(1) of EMIR): “[...] the concept of ‘data integrity’ refers to the maintenance of the accuracy and consistency of the data during all of the processing activities performed on the data by the TRs and that, to comply with the obligation of data integrity set by Article 80(1) of the Regulation, the data should not be altered either during the storage or during the processing by the TR.”⁶¹ Lastly, in 2022, the second case against Regis-TR⁶² concerned the same two issues – ‘integrity’ and ‘direct and immediate’ access. What was interesting in this case was the issue related to rejection by the TR of data

⁵⁶ DTCC Derivatives Repository Ltd (ESMA/2016/408).

⁵⁷ Regis-TR (ESMA41-356-34).

⁵⁸ DTCC Derivatives Repository Plc (ESMA41-356-187).

⁵⁹ *Ibid.*, para. 355.

⁶⁰ UnaVista Limited (ESMA41-356-233).

⁶¹ *Ibid.*, para. 313.

⁶² Regis-TR, S.A. (ESMA41-356-271).

correctly reported to it and its qualification. Referring to the finding in its previous case (UnaVista), the ESMA Board of Supervisors in this case found ‘integrity’ breach takes place also in case a TR (incorrectly) rejects correctly reported data.

B. *Trade repositories under SFTR and securitisation repositories*

Regulation (EU) 2015/2365 on transparency of securities financing transactions and of reuse⁶³ (hereafter – ‘SFTR’) was another piece of legislation adopted as a result of 2007-2008 financial crisis in response to risks posed by “shadow banking” and lack of transparency in securities financing transactions (SFTs) – transactions that allow firms using securities they own to fund their activities (typically in the form of repos, buy-backs, sell-back and alike). SFTR was adopted to enhance transparency in SFTs market, whereby “details of SFTs can be efficiently reported to trade repositories and information on SFTs and total return swaps is disclosed to investors in collective investment undertakings.”⁶⁴ To this extent SFTR clearly envisaged the close link with EMIR, in that “[t]he legal framework laid down by [SFTR] should, to the extent possible, be the same as that of [EMIR] in respect of the reporting of derivative contracts to trade repositories registered for that purpose. This should also enable trade repositories registered or recognised in accordance with that Regulation to fulfil the repository function assigned by this Regulation, if they comply with certain additional criteria, subject to completion of a simplified registration process.”⁶⁵ Under SFTR framework counterparties of SFTs must report details of SFTs to a TR (or to ESMA as a fall-back option in case of unavailability of a TR)⁶⁶ which in turn shall make this data available to the relevant authorities (both, national and EU)⁶⁷. SFTR granted direct supervisory powers to ESMA as of 2019⁶⁸, including TR registration and monitoring of compliance with the operational requirements⁶⁹.

Common framework for securitisation at Union level was created in 2019 with the entry into application of Regulation (EU) 2017/2402⁷⁰ (hereafter – ‘Securitisation Regulation’); before that securitisation framework was addressed in various Union legislative acts⁷¹, each however dealing with specific actors and aspects of the process. In simple terms, securitisation is a process of transforming existing loans into securities

⁶³ Regulation (EU) 2015/2365 of the European Parliament and of the Council of 25 November 2015 on transparency of securities financing transactions and of reuse and amending Regulation (EU) No 648/2012, OJ L 337, 23.12.2015, p. 1.

⁶⁴ Recital (7) of SFTR.

⁶⁵ Recital (10) of SFTR.

⁶⁶ Article 4 of SFTR.

⁶⁷ Article 12 of SFTR.

⁶⁸ In accordance with transitional provisions (Article 33) of SFTR, it shall apply from 12 January 2016. However, in order for the regulatory framework under SFTR to become functional a number of delegated acts had to be adopted by the Commission (such as technical standards for the registration and operational standards); since these acts adopted by the Commission entered into force in January 2019, as of that moment ESMA could have undertaken its direct supervisory role.

⁶⁹ Article 5 of SFTR.

⁷⁰ Regulation (EU) 2017/2402 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2017 laying down a general framework for securitisation and creating a specific framework for simple, transparent and standardised securitisation, and amending Directives 2009/65/EC, 2009/138/EC and 2011/61/EU and Regulations (EC) No 1060/2009 and (EU) No 648/2012, OJ L 347, 28.12.2017, p. 35.

⁷¹ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down common rules on securitisation and creating a European framework for simple, transparent and standardised securitisation and amending Directives 2009/65/EC, 2009/138/EC, 2011/61/EU and Regulations (EC) No 1060/2009 and (EU) No 648/2012, SWD(2015) 185 final, SWD(2015) 186 final.

whereby the lender pools together various loans it has issued and sells them as a package to investors, who then collect the receivables of the underlying loans⁷². This is done with the aim to diversify risks and free-up the balance sheets of lenders (typically banks) from exposures, thereby allowing further lending.⁷³ Securitisation Regulation aimed to create a common framework for securitisation and for it to be simple, transparent and standardized; moreover, in order to ensure transparency and allow investors to access all relevant information of a lifecycle of given securitisation instrument, and primarily on underlying exposures in securitisations, details of such instruments are to be reported to securitisation repositories (SRs). Actors involved in securitisation would be required to provide all the relevant information on the securitisation product to a registered SR, which in turn should make the information accessible to investors (also potential ones) and the authorities concerned (both, national and Union ones).

The legislation thus created transparency requirements on the part of actors involved in securitisation⁷⁴, requirement to report securitisation data to a registered SRs (or by publishing on a website as a fall-back option in case of unavailability of an SR)⁷⁵; the supervisory regime of SRs as of 2020⁷⁶ includes registration requirement with and supervision by ESMA⁷⁷, and organisational requirements applicable to SRs.

Given the close similarities between TRs and SRs – namely being entities acting as central data hubs (TRs in respect of derivative contracts under EMIR or SFTR and SRs in respect of securitisation instruments under Securitisation Regulation), SFTR and Securitisation Regulation envisaged a regime that would closely link to the ‘original’ TR regime under EMIR, thereby simplifying the operations, registration and supervision requirements, as well as providing for a possibility for TRs already registered under EMIR to registers as SRs or TRs under SFTR under a simplified process, by way of extension of their TR activity. As regards operational requirements, apart from the disclosure requirements of SRs which are specifically defined in Article 17 of Securitisation Regulation and of TRs under Article 12 of SFTR, provisions on general requirements for both types of entities, provisions on operational reliability and safeguarding and recording of data, are those as set out in the relevant articles of EMIR and applied to TRs under SFTR and SRs by cross-reference⁷⁸. The same construction is used to define ESMA’s supervisory powers, the infringements and the aggravating and mitigating factors and coefficients, by cross-referring in Article 9 of SFTR and 14 of Securitisation Regulation to EMIR which both state that: “[t]he powers conferred on ESMA in accordance with Articles 61 to 68, 73 and 74 of Regulation (EU) No 648/2012 [direct supervisory powers], in conjunction with Annexes I and II thereto, shall also be exercised with respect to this Regulation.”

⁷² Recital (1) of Securitisation Regulation.

⁷³ Recital (4) of Securitisation Regulation.

⁷⁴ Article 7 of Securitisation Regulation.

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ Similarly as in the case of supervision of TRs under EMIR, supervisory regime of SRs under Securitisation Regulations was also dependent of the adoption of several delegated acts to effect the regime (such as technical standards for the registration and operational standards); since these acts were adopted by the Commission in September 2020, as of that moment ESMA could have undertaken its direct supervisory role.

⁷⁷ Article 10 of Securitisation Regulation.

⁷⁸ Article 5 of SFTR and Article 10 of Securitisation Regulation, respectively.

This construction, albeit not a simple one, allows to avoid duplication of requirements to entities which in most parts are the same for all of them – indeed, the main elements that change under each of the regulations are (i) the reporting entities and data they need to report (to TR or SR, as applicable), and (ii) the specific disclosure requirements of TRs, SRs, defined in each respective regulation depending on the recipients of the data the repository collects. While each of the legislative acts (EMIR, SFTR and Securitisation Regulation) serve different purposes and aim to mitigate different risks stemming from various market practices, the common element for all three of them is the enhanced transparency by collecting and disseminating relevant data (following commonly set reporting standards) via centralised data hubs – repositories. Therefore, by cross-referring to EMIR as the ‘starting point’ for the main requirements applicable to TRs and SRs (while keeping the sector-specific rules in the respective legal acts) and for the detailed rules on the exercise of direct supervisory powers of ESMA, including provisions on enforcement, an aligned framework exists in respect of entities which operate in very much the same manner (or even is the same entity, acting both as TR under EMIR and SFTR and/or an SR under Securitisation Regulation via an extension of activity). It should be noted that so far ESMA has not taken an enforcement action against a TR (under SFTR) or an SR, thus it remains to be seen how the construction of this framework would play out in practice.

IV. Third-country central counterparties

As briefly mentioned in Section 2.1. above, EMIR was adopted to create a regulatory framework in respect of OTC derivatives. One of the main requirements introduced under EMIR was mandatory clearing of standardised OTC derivatives at a CCP – an entity that interposes itself between counterparties of derivatives contract, acting as ‘seller to every buyer’ and ‘buyer to every seller’. The main purpose of CCPs is to mitigate risks stemming from counterparty default and to ensure transactions are executed also in case one of the parties does not deliver on its obligations.

The authorisation and supervision of EU CCPs under EMIR remained to be kept mainly at national level; however, “[...] since a CCP’s clearing members may be established in different Member States and they will be the first to be impacted by the CCP’s default, it is imperative that all relevant competent authorities and ESMA be involved in the authorisation and supervisory process”⁷⁹ and this is achieved via the establishment and involvement of CCP supervisory colleges⁸⁰.

In its original version EMIR also provided for a third-country regime for CCPs authorised in third-countries whose legal and supervisory framework had been deemed as equivalent to that of EMIR by the Commission. Under this regime such third-country (TC) CCPs could provide services in the Union upon having been recognised by ESMA.⁸¹

While the regime governing EU CCPs remains largely the same, the third-country regime has changed dramatically in light of Brexit. In particular, the CCP market in Europe was (and still is) dominated by UK CCPs and as it was made clear in Proposal

⁷⁹ Recital (52) of EMIR.

⁸⁰ Article 17 of EMIR (amended by EMIR 2.2. in respect of composition of the college, comprising now also the Chair and two independent members of the CCP Supervisory College).

⁸¹ Article 25 of EMIR (now amended by EMIR 2.2).

for Regulation (EU) 2019/2099⁸² (hereafter – ‘EMIR 2.2’): “[...] a substantial volume of euro-denominated derivatives transactions (and other transactions subject to the EU clearing obligation) is currently cleared in CCPs located in the United Kingdom. When the United Kingdom exits the EU, there will therefore be a distinct shift in the proportion of such transactions being cleared in CCPs outside the EU's jurisdiction [...]”⁸³. EMIR 2.2 thus introduced a notable regime change in respect of TC CCPs.

In addition to targeted improvements aimed at enhancing CCP supervision more generally, by creating a CCP Supervisory Committee (‘CCP SC’)⁸⁴, the main goal of EMIR 2.2 was to enhance supervision of TC CCP; to this end a TC CCP supervisory college was also established (similar to the EU CCP framework); however, the biggest novelty that EMIR 2.2 brought was the so called ‘tiering’, according to which TC CCPs would be categorised, based on predefined thresholds and criteria set out in a delegated act⁸⁵, as Tier 1 (not systemically important) and Tier 2 (systemically important). Both, Tier 1 and Tier 2 TC CCP should apply to ESMA for recognition in order to be able to (continue to) provide services in the Union⁸⁶. What is novel in this third-country regime is that ESMA not only recognises TC CCPs but also exercises direct supervision thereof (as of 2020⁸⁷). This direct supervisory regime is applicable mainly for Tier 2 TC CCP, although certain supervisory and enforcement powers are also granted over Tier 1 TC CCPs. The rationale of such regime is grounded in the ‘systemic’ importance such entities pose to the stability of the financial system of the Union (or any of its Member States).

In particular, both, Tier 1 and Tier 2 TC CCPs must apply to ESMA for registration. Based on the application, ESMA conducts the tiering of the CCP and depending on the outcome (Tier 1 or Tier 2) assesses compliance of the CCP with the relevant recognition conditions; for Tier 1 CCPs such conditions are relatively simplified and factual (existence of an equivalence decision, cooperation arrangements between the relevant third-country authority and ESMA etc.); while for Tier 2 TC CCP the

⁸² Regulation (EU) 2019/2099 of the European Parliament and of the Council of 23 October 2019 amending Regulation (EU) No 648/2012 as regards the procedures and authorities involved for the authorisation of CCPs and requirements for the recognition of third-country CCPs, OJ L 322, 12.12.2019, p. 1.

⁸³ Proposal for a Regulations of the European Parliament and of the Council amending Regulation (EU) No 1095/2010 establishing a European Supervisory Authority (European Securities and Markets Authority) and amending Regulation (EU) No 648/2012 as regards the procedures and authorities involved for the authorisation of CCPs and requirements for the recognition of third-country CCPs, COM/2017/0331 final - 2017/0136 (COD).

⁸⁴ Article 24a of EMIR. CCP SC is a permanent internal committee of ESMA, comprised of Chair and two independent members (appointed by ESMA Board of Supervisors) and national competent authorities and central banks of issue. CCP SC is tasked with conducting annual peer reviews, Union-wide stress tests, and to promote supervisory convergence across national authorities; it shall also prepare draft decisions under EMIR, for their adoption by ESMA Board of Supervisors.

⁸⁵ Commission Delegated Regulation (EU) 2020/1303 of 14 July 2020 supplementing Regulation (EU) No 648/2012 of the European Parliament and of the Council with regard to the criteria that ESMA should take into account to determine whether a central counterparty established in a third country is systemically important or likely to become systemically important for the financial stability of the Union or of one or more of its Member States, OJ L 305, 21.9.2020, p. 7.

⁸⁶ Article 25 of EMIR.

⁸⁷ According to transitional provisions (Article 89(3a) of EMIR ESMA could only exercise its powers granted under EMIR 2.2 as of the moment the relevant technical standards (such as on tiering thresholds and minimum requirements for comparable compliance) (in respect of existing recognitions) and as of the moment Commission adopts equivalence decisions in respect of third-countries nor previously assessed (in respect of new applications). Since the Commission adopted delegated acts on tiering and comparable compliance in July 2020 ESMA could undertake the powers as of then.

assessment also entails compliance by the applicant CCP with EMIR capital and prudential requirements.

Once the TC CCP has been recognised, from there on the direct supervisory framework follows the same model as for CRAs and TRs (although in more limited scope as to Tier 1 TC CCPs as explained further). Namely, EMIR sets out the same supervisory tools available to ESMA described previously – request for information, general investigations and on-site inspections (the latter two could be exercised in respect of Tier 2 only)⁸⁸. Annex III of EMIR sets out the infringements of the relevant EMIR Articles (in respect of Tier 1 it only covers non-compliance with information requests under Article 25f) and Annex IV – the aggravating and mitigating factors with the linked coefficients for the adjustment of the fine. Where there are serious indications that one or more of the infringements have been committed, the case is referred to an IIO for investigation, for a final decision on supervisory measures to be taken by ESMA Board of Supervisors⁸⁹. As in the previously described cases, also here ESMA does not have a discretion – namely, if an infringement is established, one or more supervisory measures (requiring CCP to bring infringement to an end, impose fines, issue public notice or withdraw recognition) must be taken⁹⁰; the tool-box also includes periodic penalty payments⁹¹; where the infringement has been committed negligently, a fine must be imposed⁹². As regards the latter, however, the methodology for setting the basic amount of the fines differs from the one applicable to CRAs or TRs (where for the former basic amounts are pre-described, depending on the infringement); namely, Article 25j(2) of EMIR provides that the basic amount of the fine shall be up to twice the amount of profits gained (or losses avoided) as a result of the breach; or if that cannot be determined – up to 10% of total turnover of the preceding business year. The basic amount, once determined, should then be adjusted by applying the coefficients for applicable aggravating and mitigating factors. The overall cap of 20% of the annual turnover of the preceding business year remains as the maximum amount that can be imposed also in respect of TC CCPs⁹³. As regards the procedure, in addition to the procedural rules prescribed by EMIR, including granting the right to be heard⁹⁴, Commission Delegated Regulation (EU) 2021/731⁹⁵ further specifies the rules of procedure for imposing penalties (i.e., fines and periodic penalty payments).

Another novelty brought by EMIR 2.2 is the ‘comparable compliance’ mechanism introduced in Article 25b of EMIR. In short, under this regime a Tier 2 TC CCP may ask ESMA to assess whether compliance with its national law could satisfy the requirements it is subject to under EMIR (i.e., capital, prudential and interoperability requirements) and with which it should comply in order to be recognised by ESMA).

⁸⁸ Articles 25f, 25g, and 25h of EMIR.

⁸⁹ Article 25i of EMIR.

⁹⁰ Article 25q of EMIR.

⁹¹ Article 25k of EMIR.

⁹² Article 25j of EMIR.

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ Articles 25i and 25l of EMIR.

⁹⁵ Commission Delegated Regulation (EU) 2021/731 of 26 January 2021 supplementing Regulation (EU) No 648/2012 of the European Parliament and of the Council with regard to rules of procedure for penalties imposed on third-country central counterparties or related third parties by the European Securities and Markets Authority, OJ L 158, 6.5.2021, p. 1.

This should be done by taking into account the equivalence decision adopted by the Commission (i.e., a decision determining the legal and supervisory arrangements of a third-country equivalent to that of EMIR and the entities being subject to effective supervision in that third-country; such equivalence decisions is one of the conditions for TC CCP recognition by ESMA). The minimum criteria for the comparable compliance assessment are set out in Commission Delegated Regulation (EU) 2020/1304⁹⁶ and includes an assessment on how the TC CCP meets the EMIR capital requirements and prudential and interoperability requirements by complying with the relevant third-country law. Thus, the comparable compliance entails a two-fold assessment: that of the third-country framework and compliance thereof by the individual TC CCP. The rationale for this regime is to minimise the administrative and regulatory burden for a TC CCP⁹⁷; at the same time, it raises the obvious question as to how it affects ESMA's direct supervisory role over such Tier 2 TC CCPs. For example, Bank of England has already published its views⁹⁸ on the consequence of this regime where it is to be applied to EU CCPs providing services in the UK (thus comparable compliance from UK's perspective based on the on-shored EMIR in the UK's legal system) - which in short is that in areas deemed as comparable compliant "the Bank will defer to the home authority for these specific areas and *would not expect to engage in independent direct regulation or supervision of those specific areas*" (emphasis added). It is true that by issuing comparable compliance decision it is recognised that a Tier 2 CCP is meeting the requirements under EMIR via complying with equivalent third-country laws and it is also clear that ESMA's supervision and enforcement powers are related to compliance with the relevant EMIR provisions; this issue equally raises the question of *ne bis in idem*. At the same time, it should also be noted that the aim of comparable compliance is rather to ease administrative and regulatory burden of TC CCPs, rather than exempting them from supervision insofar as their activity in the Union is concerned (which one might expect not to be the focus of the relevant third-country supervisory authority). Therefore, one should remain cautious when assessing the possible effects on granting comparable compliance and to what extent (and if at all) the originally attributed supervisory and enforcement powers of the authority issuing the comparable compliance would be affected.

Lastly, it should be mentioned that EMIR 2.2 also provides for the possibility to determine a Tier 2 TC CCP to be so important for the financial stability of the Union or one or more of its Member States that in light of the risks posed it should not be recognised to provide services in the Union, even if it complied with the recognition conditions.⁹⁹ The process starts with ESMA's assessment which shall cover the following aspects: explanation why compliance with recognition conditions is not sufficient to address the financial stability risk; description of the services provided; costs and benefits analyses and consequences of a decision not to recognise the CCP. Depending on the findings of this assessment ESMA may issue a recommendation to the Commission for it to adopt an implementing act, determining that a particular TC

⁹⁶ Commission Delegated Regulation (EU) 2020/1304 of 14 July 2020 supplementing Regulation (EU) No 648/2012 of the European Parliament and of the Council with regard to the minimum elements to be assessed by ESMA when assessing third-country CCPs' requests for comparable compliance and the modalities and conditions of that assessment, OJ L 305, 21.9.2020, p. 13.

⁹⁷ Recital (2) of Commission Delegated Regulation (EU) 2020/1304.

⁹⁸ Statement of Policy. The Bank of England's approach to comparable compliance under EMIR Article 25a, June 2022.

⁹⁹ Article 25(2c) of EMIR.

CCP should not be recognised. Thus, as a consequence, in order to continue its activities in the Union such TC CCP would effectively be required to relocate and establish oneself in the EU (and in such case to be authorised and supervised by the host Member State). ESMA already carried out such assessment in respect of the two UK Tier 2 CCPs¹⁰⁰ (the only Tier 2 TC CCPs recognised by ESMA) in 2021, in which it identified certain clearing services as being of substantial systemic importance, however, based on costs and benefits analyses at this point in time the costs of derecognising these clearing services would outweigh the benefits; thus ESMA did not recommend to the Commission not to recognise the concerned TC CCPs, which accordingly continue to operate under the Tier 2 third-country regime.

V. Benchmarks administrators

Regulation (EU) 2016/1011 on indices used as benchmarks¹⁰¹ (hereafter – ‘Benchmarks Regulation’) was originally adopted in 2016 and became applicable in 2018¹⁰². To better illustrate the concept of a ‘benchmark’, it can be explained as follows: “[a]n index is a statistical measure, typically of a price or quantity, calculated or determined from a representative set of underlying data. If this *index* is used as a reference price for a financial instrument or a financial contract it becomes a benchmark.”¹⁰³ (emphasis added) Benchmarks are calculated by the benchmark administrators (person responsible for the administration, calculation and publication of the benchmark), based on the underlying input data provided by contributors (often being market participants in the relevant instrument, for example, regulated firms such as banks or brokers, and unregulated ones such as oil and energy traders); administrators then further disseminate benchmarks to users (which can be both, institutional as well as retail users).¹⁰⁴ Although the benchmark in itself is a statistical measure, there is a certain level of discretion involved (e.g., at the level of providers when determining the input data, or at the level of administrators in choosing the providers), thus exposing the final outcome of the calculation to manipulation risks and conflicts of interest. With this in mind, Benchmarks Regulation was adopted in response to the LIBOR/EURIBOR scandal that unfolded in 2012 and revealed manipulation by three major financial institutions of the rates banks are paying when borrowing from other banks.¹⁰⁵ Proposal for Benchmarks Regulation came after already a notable number of responsive measures in the aftermath of the scandal, such as enhancing the sanctioning regime for manipulating benchmarks under MAR/MAD, targeted measures at national level, as well as soft-law tools issued by IOSCO, ESMA and EBA, among others, and

¹⁰⁰ Assessment Report under Article 25(2c) of EMIR - Assessment of LCH Ltd and ICE Clear Europe Ltd (ESMA91—372-1945).

¹⁰¹ Regulation (EU) 2016/1011 of the European Parliament and of the Council of 8 June 2016 on indices used as benchmarks in financial instruments and financial contracts or to measure the performance of investment funds and amending Directives 2008/48/EC and 2014/17/EU and Regulation (EU) No 596/2014, OJ L 171, 29.6.2016, p. 1.

¹⁰² Except for certain provisions that became applicable as of 2016 and a grace-period for existing index providers, until 2020, in accordance Article 59 of Benchmarks Regulation.

¹⁰³ Commission Staff Working Document Impact Assessment Accompanying the document Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on indices used as benchmarks in financial instruments and financial contracts, COM(2013) 641 final, SWD(2013) 337 final.

¹⁰⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵ *Ibid.*

aimed at creating a comprehensive framework for both, the production and the use of benchmarks.¹⁰⁶

The decisive factor for determining which indices fall within the scope of Benchmarks Regulation is “[...]whether the output value of the benchmark determines the value of a financial instrument or a financial contract, or measures the performance of an investment fund.”¹⁰⁷ It is also acknowledged that there is a great variety of the type and scale of benchmarks, and accordingly – their impact on wider economy and financial stability; for this reason, where the benchmarks meets certain thresholds, it is designated as ‘critical’ and thus subject to more stringent requirements, compared to those applicable to ‘significant’ and finally – to ‘non-significant’ ones.

Benchmarks Regulation sets out the requirements for the provision and use of a benchmark, as well as provision of input data, and creates specific regulatory framework for the administrators of the benchmarks. Initially the Benchmarks Regulation placed all types of benchmark administrators under national regimes, by requiring them to either be authorised or registered with the home national authority¹⁰⁸ while for critical benchmarks a supervisory college comprising relevant national authorities and ESMA was envisaged¹⁰⁹, similarly as it was at the beginning of the CRA regime.

Benchmarks Regulation has been amended over time, first to introduce the specific categories of climate-related benchmarks¹¹⁰, but most notably as part of the ‘ESAs review’¹¹¹ (a wide-ranging legislative package, aimed both at enhancing the tools and powers of the three ESAs (ESMA, European Banking Authority and European Insurance and Occupational Pensions Authority), as well as targeted sectoral legislation changes, which expanded ESMA’s supervisory mandate into the areas of benchmarks and data service providers (the latter covered in the proceeding section)). Proposal for the ESAs review originally envisaged that ESMA alone would carry out the supervision of critical benchmark administrators (without the involvement of colleges)¹¹²; in the final version, however, this proposal was not fully maintained, and as a result as of 2022¹¹³ significant and non-significant benchmark administrators remain supervised at national level, while the supervision of critical benchmark administrators is split – critical benchmarks with the majority of contributors based in one Member State are

¹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷ Recital (9) of Benchmarks Regulation.

¹⁰⁸ Recital (48), Article 34 of Benchmarks Regulation, as in force at the time.

¹⁰⁹ Recital (62), Article 46 of Benchmarks Regulation, as in force at the time.

¹¹⁰ Regulation (EU) 2019/2089 of the European Parliament and of the Council of 27 November 2019 amending Regulation (EU) 2016/1011 as regards EU Climate Transition Benchmarks, EU Paris-aligned Benchmarks and sustainability-related disclosures for benchmarks, OJ L 317, 9.12.2019, p. 17.

¹¹¹ Regulation (EU) 2019/2175 of the European Parliament and of the Council of 18 December 2019 amending Regulation (EU) No 1093/2010 establishing a European Supervisory Authority (European Banking Authority), Regulation (EU) No 1094/2010 establishing a European Supervisory Authority (European Insurance and Occupational Pensions Authority), Regulation (EU) No 1095/2010 establishing a European Supervisory Authority (European Securities and Markets Authority), Regulation (EU) No 600/2014 on markets in financial instruments, Regulation (EU) 2016/1011 on indices used as benchmarks in financial instruments and financial contracts or to measure the performance of investment funds, and Regulation (EU) 2015/847 on information accompanying transfers of funds, OJ L 334, 27.12.2019, p. 1.

¹¹² COM(2018) 646 final, 2017/0230 (COD), Recital (51).

¹¹³ Article 48n of Benchmarks Regulation.

to be authorised and remain supervised at national level (i.e., national critical benchmarks), while critical benchmarks exceeding certain thresholds and/or with no market substitute (thus significant for the wider economy and financial stability, i.e., EU critical benchmarks) - directly by ESMA¹¹⁴. In case of EU critical benchmarks, a college must be set up, comprising the lead authority (ESMA), as well as the relevant national authorities¹¹⁵. Currently there is just one critical benchmark in the Union – EURIBOR – and its administrator is supervised by ESMA who is also chairing the EURIBOR college¹¹⁶.

In addition, pursuant to transitional provisions of Benchmarks Regulation, there is a grace period until 31 December 2023 (can be extended to 31 December 2025)¹¹⁷ during which third-country benchmarks can be used in the Union in two ways: via recognition or endorsement - (i) third-country *administrators* can apply for recognition to ESMA as an opt-in regime; (ii) third-country *benchmarks* can be used in the Union through the endorsement by an administrator authorised or registered in a Member State. This framework differs from third-country regimes under other sectoral legislation which are typically based on equivalence (an assessment done by the Commission on third-country legislation and whether it is deemed equivalent to the Union law. In such case the third-country entities are usually registered with ESMA but are not directly supervised by it). Under Benchmarks Regulation the third-country administrators can apply for recognition with ESMA where no such equivalence has (yet) been issued, provided that they comply with certain provisions of Benchmarks Regulations, which is to be assessed by ESMA. Therefore, such third-country benchmark administrators who have opted-in are also subject to direct supervision by ESMA¹¹⁸.

Therefore, Benchmarks Regulation introduces three different mandates over benchmark administrators – (i) supervision of non-significant, significant and national critical benchmark administrators at national level; (ii) supervision of EU critical benchmark administrators by ESMA; and (iii) supervision of third-country benchmark administrators (who have opted-in) by ESMA. To that end it also contains separate provisions (supervisory tools and measures, such as fines), addressed to Member States (for the exercise of powers by the national competent authorities in respect of administrators supervised at national level) and to ESMA (for the benchmark administrators under its supervision), while the overall business conduct rules are common for all benchmark administrators (with certain deviations, namely more stringent requirements applicable to critical benchmarks, compared to others).

As regards the provisions governing the direct supervision by ESMA of critical benchmark administrators, Benchmarks Regulation follows the structure provided in the previously described regimes, granting ESMA certain supervision tools (requests for information, general investigations, on-site inspections)¹¹⁹ and supervisory measures (requiring to bring an infringement to an end, impose a fine, and/or issue a

¹¹⁴ Articles 20(1), 34(1), (1a) and 40 of Benchmarks Regulation.

¹¹⁵ Article 46 of Benchmarks Regulation.

¹¹⁶ Available at: [Benchmarks \(europa.eu\)](https://www.esma.europa.eu/benchmarks)

¹¹⁷ Articles 51 and 54 of Benchmarks Regulation.

¹¹⁸ Articles 32 and 40(1)(b) of Benchmarks Regulation.

¹¹⁹ Articles 48b, 48c, 48d of Benchmarks Regulation.

public notice¹²⁰ and withdraw authorisation for serious or repeated infringements¹²¹). Again, where an infringement of Benchmarks Regulation has been established, taking one or more of such measures is mandatory and where it's has been committed intentionally or negligently – imposition of a fine is mandatory¹²². In terms of procedure, it also involves an investigation by an IIO of a suspected breach and final decision to be taken by ESMA Board of Supervisors, after having granted the right to be heard, pursuant to provisions set out in Benchmarks Regulation itself¹²³ and the specific rules of procedure set out in Commission Delegated Regulation (EU) 2022/804¹²⁴ (unless urgent decision needs to be taken, in which case the right to be heard must be granted as soon as possible thereafter). It is also noted that Commission Delegated Regulation (EU) 2022/804 explicitly mentions the third-country benchmark administrators who have opted to apply for recognition with ESMA during the transition period and clarifies that during this period the fines under Benchmarks Regulation can be applied to such third-country administrators¹²⁵.

Finally, as to procedural steps, provisions governing the college of EU critical benchmark administrators also envisage consultation with the members of the college, inter alia, in case supervisory measures are to be taken in respect of such administrator¹²⁶. It is not entirely clear from the legislation, though, where such consultation sits in the procedural framework, which details how ESMA must investigate the alleged infringements, hear the persons concerned and ultimately decide on the sanction.

As regards the structure of infringements and methodology of calculation of fines, the Benchmarks Regulation does not contain a list of infringements, corresponding to breaches of the substantial provisions, in an annex, but cross-refers directly to the relevant articles of Benchmarks Regulation for the breach of which a supervisory measure can be taken. In terms of fines, like in case of TC Tier 2 CCPs, the regulation sets out the maximum amount that can be applied and which is: EUR 1 000 000 or 10% of the annual turnover (based on the last available financial statements), whichever is higher, where an administrator is a legal person, and EUR 500 000, where an administrator is a natural person¹²⁷. Benchmarks Regulation also does not contain a list of aggravating/mitigating factors and related coefficients to be applied to calculate the fine; however, in addition to the overall criteria to be taken into account when deciding on the supervisory measure to be taken (the same as set out also in EMIR and CRA Regulation, namely, intentionality/negligence, duration of the infringement, whether or not financial crime can be attributed to the infringement and whether or not the infringement reveals systemic weaknesses in entity's management or internal control) Benchmarks Regulations adds two additional elements to be assessed by ESMA, such

¹²⁰ Article 48e of Benchmarks Regulation.

¹²¹ Article 35 of Benchmarks Regulation.

¹²² Article 48f of Benchmarks Regulation.

¹²³ Articles 48i and 48j of Benchmarks Regulation.

¹²⁴ Commission Delegated Regulation (EU) 2022/804 of 16 February 2022 supplementing Regulation (EU) 2016/1011 of the European Parliament and of the Council by specifying rules of procedure for measures applicable to the supervision by the European Securities Markets Authority of certain benchmark administrators, OJ L 145, 24.5.2022, p. 7.

¹²⁵ *Ibid.*, Recital (11).

¹²⁶ Article 46(8) of Benchmarks Regulation.

¹²⁷ Article 48f of Benchmarks Regulation.

as the financial strength of the person responsible for the infringement, as indicated by the total turnover of the responsible legal person or the annual income and net assets of the responsible natural person; or the impact of the infringement on retail investors' interests¹²⁸.

Finally, periodic penalty payments can be imposed by ESMA, as under other supervisory mandates, to compel the person to put an infringement to an end and to supply requested information or submit to general investigation or on-site inspection¹²⁹.

VI. Data reporting service providers

Data reporting service providers ('DRSPs') include three different types of entities – approved publication arrangements ('APAs'), consolidated tape providers ('CTPs'), and approved reporting mechanisms ('ARMs'), each mandated with specific tasks in data disclosure and provision under Regulation (EU) No 600/2014¹³⁰, markets in financial instruments regulation (hereafter – 'MiFIR'). The services of DRSPs may also be provided by investment firms or market operator operating a trading venue, provided they have been authorised to provide such services¹³¹. In particular, APAs are entities publishing trade reports on behalf of investment firms, CTPs collect trade reports for financial instruments and consolidates them into a continuous electronic live data stream, and ARMs report the details of transactions to competent authorities on behalf of investment firms¹³². All DRSPs, while performing specific, distinct operations, all together ensure transparency in transactions in financial instruments, which is the main *raison d'être* of these entities. In particular, these entities are designed to ensure post-trade disclosures of transactions in financial instruments entered into by the investment firms, price and volume per financial instrument traded on trading venues and provide the relevant trade data to the competent authorities (including ESMA). Such disclosure and transparency requirements are aimed at improving the overall integrity of the financial markets, and provide comprehensive information both, to relevant authorities and the investors.

Originally DRSPs were introduced and regulated under Directive 2014/65/EU¹³³, markets in financial instruments directive (hereafter – 'MiFID II'), which introduced an authorisation and supervision requirement of DRSPs at national level. However, with the ESAs review as of 2022¹³⁴ DRSPs (except for certain less significant APAs and ARMs) were placed under direct supervision of ESMA by essentially 'cutting' and 'pasting' the provisions governing DRSPs from MiFID II to MiFIR (with the adaptations to introduce also ESMA as the competent authority). This change from national to

¹²⁸ Article 48e(2) of Benchmarks Regulation.

¹²⁹ Article 48g of Benchmarks Regulation.

¹³⁰ Regulation (EU) No 600/2014 of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 on markets in financial instruments and amending Regulation (EU) No 648/2012, OJ L 173, 12.6.2014, p. 84.

¹³¹ Article 27b(2) of MiFIR.

¹³² Article 2(1)(34) – (36) of MiFIR.

¹³³ Directive 2014/65/EU of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 on markets in financial instruments and amending Directive 2002/92/EC and Directive 2011/61/EU (recast), OJ L 173, 12.6.2014, p. 349. MiFID II repealed and (and together with MiFIR – recast) the previous markets in financial instruments directive (Directive 2004/39/EC), MiFID I.

¹³⁴ Article 54a of MiFIR.

European supervision was for the following reasons: “[g]iven the cross-border dimension of data handling, data quality and the necessity to achieve economies of scale, and to avoid the adverse impact of potential divergences on both data quality and the tasks of data reporting services providers, it is beneficial and justified to transfer authorisation and supervisory powers in relation to data reporting services providers from competent authorities to ESMA, except for those benefiting from a derogation, and to specify those powers in [MiFIR] enabling, at the same time, the consolidation of the benefits arising from pooling data-related competences within ESMA.”¹³⁵

Commission Delegated Regulation (EU) 2022/466¹³⁶ sets out the derogation criteria for certain APAs and ARMs to remain supervised at national level, and which are: activity of the relevant entity in maximum three Member States and amount of transaction data reported to such entity being no more than 0.5% of the total amount reported to all APAs or ARMs, respectively; these criteria are to be assessed by ESMA, on annual basis.¹³⁷

It should also be noted that while MiFID II/MiFIR created a framework for CTPs, due to a number of obstacles, in practice such entities have not emerged in the market¹³⁸. This is intended to be addressed at the next MiFIR review, where the Commission has already proposed in 2021¹³⁹ further enhancements to the regime. The Proposal aims to deliver on the aim to provide investors and traders, as well as regulators with ongoing live stream of trading data, thus giving a full picture of price/volumes of financial instruments traded. So far CTPs were envisaged as voluntarily established entities; however, since this has never happened, the Proposal envisages creation of consolidated tape for each asset class (shares, ETFs, bonds and derivatives). This would be achieved by (i) mandatory contribution of data to CTP by the relevant actors (such as trading venue, investment firms), and (ii) empowerment to ESMA to periodically organise a competitive selection procedure to select a single entity to provide the consolidated tape for each specified asset class and (iii) a ‘fall-back’ clause, in case no CTP has been appointed, for ESMA to operate the consolidated tape. As of this moment the Proposal is still negotiated by the co-legislators¹⁴⁰, thus the final outcome of the CTP regime is still to be seen. That also means that currently ESMA’s direct supervisory powers are de facto exercised over two of the DRSPs – APAs and ARMs.

As regards direct supervision of DRSPs by ESMA, MiFIR has been supplemented with a new Title VIa, setting out ESMA’s powers and competences in respect of DRSPs. Again, the supervision toolbox contains the same measures as in all previously

¹³⁵ ESAs review, Recital (47).

¹³⁶ Commission Delegated Regulation (EU) 2022/466 of 17 December 2021 supplementing Regulation (EU) No 600/2014 of the European Parliament and of the Council by specifying criteria for derogation of the principle that approved publication arrangements and approved reporting mechanisms are supervised by the European Securities Markets Authority, OJ L 96, 24.3.2022, p. 1.

¹³⁷ Article 2 of Commission Delegated Regulation (EU) 2022/466.

¹³⁸ MiFID II/MiFIR Review Report No 1 (ESMA70-156-1606), p.38, see also Commission Proposal (ref. below).

¹³⁹ Commission Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council amending Regulation (EU) No 600/2014 as regards enhancing market data transparency, removing obstacles to the emergence of a consolidated tape, optimising the trading obligations and prohibiting receiving payments for forwarding client orders, SEC(2021) 573 final - SWD(2021) 346 final - SWD(2021) 347 final.

¹⁴⁰ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/HIS/?uri=CELEX:52021PC0727> viewed on 14/10/22.

described mandates (requests for information, general investigations, on-site inspections¹⁴¹) and the same supervisory measures (requiring to bring an infringement to an end, imposing fines, issuing public notice and withdrawal of authorisation¹⁴²). MiFIR also does not leave discretion to ESMA whether or not to adopt a supervisory measure in case an infringement has been established, in which case taking one or more of the measures is mandatory (and where intentionality or negligence is established – requiring to impose a fine). Equally the procedural steps (IIO investigation, decision by the ESMA Board of Supervisors) are the same as for other mandates, and the more detailed rules of procedure are set out in Commission Delegated Regulation (EU) 2022/803¹⁴³; however, it is surprising to note that in this Commission Delegated Regulation Article 1 defines DRSPs as APAs and ARMs, only – therefore CTPs are excluded from the scope. This Regulation was adopted in 2022, so after the Proposal for MiFIR review that was adopted already in 2021, so it takes into account the de facto non-existence of CTPs, however, such an approach is rather unusual, taking into account that the secondary legislation (MiFIR) on which the delegated regulation is based, does contain such entities and do make them subject to the MiFIR requirements, including the sanctioning regime. Another question this definition raises is the supervision of investment firms or market operators who are providing DRSP services subject to prior verification by ESMA (or national authority where the activity benefits from derogation) that these entities comply with MiFIR requirements applicable to DRSPs. While such entities *per se* are supervised at national level, the authorisation to operate APA or ARM (and theoretically – CTP), is granted by ESMA¹⁴⁴ and even though MiFIR requires functional separation of business functions related to data reporting services and those of investment firm or market operator, they are still carried out by the same entity. The supervisory tools under MiFIR (such as on-site inspections) do capture such entities, and the same seems to apply for taking supervisory measures¹⁴⁵. In this regard it should also be noted that the way the establishing of infringement is structured is more similar to the Benchmarks Regulation, than CRA Regulation or EMIR. While the latter two contain an annex setting out concrete infringements of corresponding obligations set out in the body text of the regulation, MiFIR, like Benchmarks Regulation, does not contain such an annex, and instead it includes a more generic, ‘catch-all’ provision stating that “[w]here ESMA finds that [an APA, a CTP, an ARM, where they are supervised by ESMA, and an investment firm or a market operator operating a trading venue to operate the data reporting services of an APA, a CTP or an ARM, and the persons that control them or are controlled by them] has committed one of the infringements of requirements provided for in Title IVa, it shall take one or more of the following [supervisory measures]”.¹⁴⁶ Finally, as regards the fines, MiFIR sets out just the maximum amount of the fine that can be imposed, being EUR 2 000 000.¹⁴⁷ Finally, periodic penalty payments can be imposed

¹⁴¹ Articles 38b, 38c, 38d of MiFIR.

¹⁴² Articles 38g and 27e of MiFIR.

¹⁴³ Commission Delegated Regulation (EU) 2022/803 of 16 February 2022 supplementing Regulation (EU) No 600/2014 of the European Parliament and of the Council by specifying rules of procedure for the exercise of the power to impose fines or periodic penalty payments by the European Securities Markets Authority regarding data reporting service providers, OJ L 145, 24.5.2022, p. 1.

¹⁴⁴ Articles 27b, 27c of MiFIR.

¹⁴⁵ Articles 38b, 38c, 38d and 38g of MiFIR.

¹⁴⁶ Article 38g of MiFIR.

¹⁴⁷ Article 38h of MiFIR.

by ESMA in the same manner as under other supervisory mandates, to compel the person to put an infringement to an end and to supply requested information or submit to general investigation or on-site inspection¹⁴⁸.

VII. Third parties

While the previous sections focused on the powers that can be exercised over the directly supervised entities, it is important to note that there are specific rules applicable also where such entities outsource their functions to third parties or in relation to other persons closely related to the directly supervised entities. As regards the outsourcing, it is permitted under CRA Regulation, EMIR, SFTR, Benchmarks Regulation, while not explicitly under MiFIR. Given that the overarching principle of outsourcing is that responsibility of compliance with the legal requirements remains with the directly supervised entity and that it should not impede the ability to supervise them, specific powers have been granted to ESMA over such third parties to whom certain tasks have been outsourced.

Third parties have been subjected to ESMA's supervisory tools (requests for information, general investigations, on-site inspections), but the actual scope of such third parties varies across the various pieces of legislation: *cf.*, Article 25g of EMIR: "[i]n order to carry out its duties under this Regulation, ESMA may conduct necessary investigations of Tier 2 CCPs and *related third parties* to whom those CCPs have *outsourced operational functions*" (emphasis added), Article 23b of CRA Regulation: "ESMA may by simple request or by decision require credit rating agencies, *persons involved in credit rating activities, rated entities and related third parties, third parties to whom the credit rating agencies have outsourced operational functions or activities and persons otherwise closely and substantially related or connected to credit rating agencies or credit rating activities* to provide all information that is necessary in order to carry out its duties under this Regulation" (emphasis added), Article 48b of Benchmarks Regulation: "ESMA may by simple request or by decision require the following persons to provide all necessary information to enable ESMA to carry out its duties under this Regulation: (a) persons involved in the provision of benchmarks, as referred to in Article 40(1); (b) *third parties to whom the persons referred to in point (a) have outsourced functions or activities in accordance with Article 10; (c) persons otherwise closely and substantially related or connected to the persons referred to in point (a).*" (emphasis added), Article 38b of MiFIR: "ESMA may by simple request or by decision require the following persons to provide all information to enable ESMA to carry out its duties under this Regulation: (a) an APA, a CTP, an ARM, where they are supervised by ESMA, and an investment firm or a market operator operating a trading venue to operate the data reporting services of an APA, a CTP or an ARM, and *the persons that control them or are controlled by them; (b) the managers of the persons referred to in point (a); (c) the auditors and advisors of the persons referred to in point (a).*" (emphasis added)

Where such persons do not cooperate with ESMA for the purposes of its investigation, they can be imposed periodic penalty payments as CRA Regulation, EMIR, Benchmarks Regulation and MiFIR¹⁴⁹ indeed clearly refer to the possibility to impose periodic penalty payments on persons other than the supervised entity, in order to compel such persons to submit to general investigations, on-site inspections or supply

¹⁴⁸ Article 38i of MiFIR.

¹⁴⁹ Article 36b(1)(b),(c),(d) of CRA Regulation, Articles 25k(1)(b) and 66(1)(b) of EMIR, Article 48g(1) of Benchmarks Regulation and Article 38i(1) of MiFIR.

information. Where doing so, right to be heard is to be provided as well (only in this case the persons are referred to as ‘persons subject to proceedings’¹⁵⁰ instead of ‘persons subject to investigation’ which can only be the directly supervised entities) and the relevant rules of procedure for imposing penalties, adopted in the form of Commission Delegated Regulations and referred to in the preceding sections, would apply.

VIII. Review of ESMA decisions

Decisions taken by ESMA in exercising its direct supervisory powers can be subject to review – namely, individual decisions can be appealed before the Joint Board of Appeal of the European Supervisory Authorities (hereafter – the ‘Board of Appeal’) in accordance with Article 60 of ESMA Regulation; decisions of the Board of Appeal can be further appealed before the CJEU in accordance with Article 263 of the Treaty on the Functioning of the European Union¹⁵¹.

The Board of Appeal has heard two cases¹⁵² (although one of them – the Nordic banks case – concerned four appeals heard together considering the same or similar issues brought by the appellants) on ESMA’s enforcement decisions, and two cases on ESMA’s refusal to register the appellant as a CRA¹⁵³. Thus, so far only decisions taken under CRA Regulation have been appealed before the Board of Appeal and none of them have been further appealed before the CJEU.

Before analysing in more detail the two decisions of the Board of Appeal regarding the enforcement cases, which address substantial requirements under CRA Regulation¹⁵⁴ it is important to note the exact scope of powers the Board of Appeal has been entrusted with. Firstly, the role of the Board of Appeal is laying between an administrative and judicial body and has been described as ‘internal administrative review body’¹⁵⁵. Secondly, in accordance with Article 60(5) of ESMA Regulation the Board of Appeal may either confirm the decision taken by ESMA Board of Supervisors or remit the case back to the Board of Supervisors, which in turn shall amend the decision in light of the findings of the Board of Appeal in the case concerned. Therefore, the Board of Appeal does not have the authority to declare the decisions taken by ESMA invalid, which remains the prerogative of the CJEU. As regards the sanctioning decisions imposing periodic penalty payments or fines, where ultimately

¹⁵⁰ Article 25 of CRA, Articles 25l and 67 of EMIR, Article 48j of Benchmarks Regulation, and Article 38l of MiFIR.

¹⁵¹ Article 61(1) of ESMA Regulation.

¹⁵² Nordic banks case: Decisions BoA-D-2019-01, BoA-D-2019-02, BoA-D-2019-03, BoA-D-2019-04 of 27 February 2019 in Appeals by Svenska Handelsbanken AB, Skandinaviska Enskilda Banken AB, Swedbank AB, Nordea Bank Abp against the decisions of ESMA; and Scope case: Decision 2020-D-03 of 28 December 2020 in Appeal by Scope Ratings GmbH against The European Securities and Markets Authority.

¹⁵³ Global Ratings case: Decision BoA 2017 01 of 3 July 2017 in Appeal by FinancialCraft Analytics Sp. z o.o. (formerly named Global Rating Sp. z o.o.) against a decision of The European Securities and Markets Authority and the Standard Rating case: Decision BoA 2013-14 of 10 January 2014 in Appeal by Global Private Global Rating Company “Standard Rating” Ltd. against a decision of The European Securities and Markets Authority.

¹⁵⁴ The other two cases heard by the Board of Appeal (Global Ratings case and Standard Rating case) mainly deal with registration procedure of CRAs.

¹⁵⁵ Merijn Chamon, Diane Fromage, Between Added Value and Untapped Potential: The Boards of Appeal in the Field of EU Financial Regulation in: Boards of Appeal of EU Agencies. Edited by Merijn Chamon, Annalisa Volpato, and Mariolina Eliantonio, Oxford University Press, p. 32.

appealed before the CJEU, it may not only annul the decision but also reduce or increase the amount imposed.¹⁵⁶

The first decision¹⁵⁷ of the Board of Appeal was rendered in the above-mentioned Nordic banks case, in 2019, where four out of five banks that were found to have breached CRA Regulation by issuing credit ratings without having applied for registration with ESMA appealed the decisions before the Board of Appeal. In the given case at hand, the appellants were issuing corporate research that included ‘shadow ratings’; some of the banks relied on the rating methodologies used by registered CRAs and used the conventions typically used by CRAs (such as ‘BBB+’, ‘BBB-/Stable’).¹⁵⁸

As mentioned above, ESMA found that to be a (negligent) breach of CRA Regulation, since only registered CRAs are permitted to issue credit ratings in the Union, thus imposed a fine (in the amount of EUR 495 000 on each of the banks) and issued public notices.¹⁵⁹ The appellants used as their main argument that the ‘shadow ratings’ rather constituted credit research or other forms of general recommendations¹⁶⁰ which pursuant to Article 3(2) of CRA Regulation are not deemed credit ratings (thus issuance of such is not a prerogative of registered CRAs as is the case of credit ratings and does not require registration with ESMA). Essentially the main question brought forward by all four appellants was whether a document can simultaneously include both a credit rating and investment recommendation/ research. They equally raised the questions on legality and legal certainty, the finding of negligence and application and proportionality of the sanctions¹⁶¹.

On the first issue on the interplay between credit ratings and investment recommendation/research, the Board of Appeal concurred with ESMA, in concluding that “[...]the interpretation adopted by the Board of Supervisors is the correct interpretation. It considers that the same communication may have content which consists of recommendations or investment research within the Article 3(2) exclusion, and content which consists of “credit ratings” within the meaning of the definitions of “credit rating” in Article 3(1)(a) and (h) of [CRA Regulation]. If so, and if the other requirements of [CRA Regulation] are satisfied, the communication, for its rating component, will fall within [CRA Regulation], and the issuer will require to be

¹⁵⁶ Article 36e of CRA Regulation, Article 69 of EMIR, Articles 25n and 69 of EMIR, Article 48k of Benchmarks Regulation, and Article 38m of MiFIR.

¹⁵⁷ Decisions BoA-D-2019-01, BoA-D-2019-02, BoA-D-2019-03, BoA-D-2019-04 of 27 February 2019 in Appals by Svenska Handelsbanken AB, Skandinaviska Enskilda Banken AB, Swedbank AB, Nordea Bank Abp against the decisions of ESMA.

¹⁵⁸ *Ibid.*, para. 25.

¹⁵⁹ Svenska Handelsbanken AB (publ) (ESMA41-137-1147), Nordea Bank Abp (publ) (ESMA41-137-1150), Skandinaviska Enskilda Banken AB (publ) (ESMA41-137-1153), Swedbank AB (publ) (ESMA41-137-1152), Danske Bank A/S (ESMA41-137-1145), Articles 1 – 3 of all decisions referred.

¹⁶⁰ Forms of activity/service existing under the framework established by MiFID (Directive No 2014/65/EU, the Markets in Financial Instruments Directive) and the framework established by MAR (Regulation (EU) No 596/2014, the Market Abuse Regulation).

¹⁶¹ Decisions BoA-D-2019-01, BoA-D-2019-02, BoA-D-2019-03, BoA-D-2019-04 of 27 February 2019 in Appals by Svenska Handelsbanken AB, Skandinaviska Enskilda Banken AB, Swedbank AB, Nordea Bank Abp against the decisions of ESMA, para. 7.

registered.”¹⁶² In simple terms— a credit rating¹⁶³ can only be issued by a registered CRA, regardless of what other type of information (even if that other information is excluded from the ‘credit rating’ definition) is contained in the same document or product. Be it otherwise, the entire framework designed to regulate the issuance of credit ratings could be simply voided by including them in an opinion that is excluded from the CRA Regulation under Article 3(2). As to the linked questions of the legality and legal certainty raised by the appellants, the Board of Appeal stated that alternative interpretations per se cannot put into question the legality and legal certainty of legal provision (while it might be relevant for the establishment of negligence).¹⁶⁴ Lastly, as to the question on whether adoption of a public notice was necessary, given that the appellants have ceased the activity in breach, the Board of Appeal pointed to the mandatory wording of CRA Regulation which leaves no discretion for ESMA to adopt a supervisory measure in case an infringement is established; and that in the present case public notice was an appropriate measure.¹⁶⁵ The Board of Appeal ultimately did not rule on the proportionality of the fine, since it found no negligence in the case. Accordingly, since the decisions of ESMA as to the finding of negligence were not confirmed, they were remitted to ESMA Board of Supervisors which accordingly adopted amended decisions in respect of the appellants.

The second case heard by the Board of Appeal in 2020 was brought by Scope Ratings¹⁶⁶ and it revolved around two main questions – interpretation of Article 8(3) of CRA Regulation, including an alleged lack of legal certainty and clarity of that provision, and namely, whether it requires CRAs not only to use rating methodologies that are systematic but also to apply them in a systematic manner (design v. application) and application and proportionality of the fine imposed by ESMA. In short, in the particular case Scope Ratings contested the decision by which ESMA had found that Scope Ratings had not complied with the requirements set out in Article 8(3) of CRA Regulation, since its rating methodology of 2015 foresaw that the issuing of covered bond ratings would also entail the analyses of the cover pool while in reality such analyses was omitted for 559 ratings (out of 662 assigned under the 2015 methodology), in unjustified deviation from the 2015 rating methodology; moreover, when revising the said methodology the CRA did not comply with its notification and consultation obligations; and therefore imposed a fine in the amount of EUR 640 000 and adopted a public notice¹⁶⁷. The Board of Appeal dismissed the appeal on all of the grounds brought forward by the appellant. As regards the two main issues discussed in the case the Board of Appeal found that ESMA did not err in its interpretation of the scope of

¹⁶² Decisions BoA-D-2019-01, BoA-D-2019-02, BoA-D-2019-03, BoA-D-2019-04 of 27 February 2019 in Appals by Svenska Handelsbanken AB, Skandinaviska Enskilda Banken AB, Swedbank AB, Nordea Bank Abp against the decisions of ESMA, para. 269.

¹⁶³ Pursuant to Article 3(1) of CRA Regulation being “an opinion regarding the creditworthiness of an entity, a debt or financial obligation, debt security, preferred share or other financial instrument, or of an issuer of such a debt or financial obligation, debt security, preferred share or other financial instrument, issued using an established and defined ranking system of rating categories”.

¹⁶⁴ Decisions BoA-D-2019-01, BoA-D-2019-02, BoA-D-2019-03, BoA-D-2019-04 of 27 February 2019 in Appals by Svenska Handelsbanken AB, Skandinaviska Enskilda Banken AB, Swedbank AB, Nordea Bank Abp against the decisions of ESMA, para. 227.

¹⁶⁵ *Ibid.*, para. 312.

¹⁶⁶ Decision 2020-D-03 of 28 December 2020 in Appeal by Scope Ratings GmbH against The European Securities and Markets Authority.

¹⁶⁷ Decision of the Board of Supervisors of 28 May 2020 No 2020/1 To adopt supervisory measures and impose fines in respect of infringements committed by Scope Ratings GmbH (ESMA41-356-77).

application of Article 8(3) of CRA Regulation, notably it found that “[...] Article 8(3), and its qualifications “systematic” and “continuous”, apply both to the design and application of methodologies. The Board of Appeal also shares the argument put forward by ESMA in this respect, that a methodology is nothing but the description of what a credit rating agency is expected to do in practice, and that assessing compliance of the concept or design of a methodology alone, without assessing whether it is used effectively or not, is vain.”¹⁶⁸ As regards the issue raised by the appellant as to the legal certainty and clarity of that provision, the Board of Appeal having conducted textual, contextual and teleological interpretation of Article 8(3) of CRA Regulation concluded that the interpretation given by ESMA is not contrary to these fundamental principles. Having noted the importance of legal clarity especially in the area of sanctioning (including that of administrative nature), the Board of Appeal brought forward a number of findings, including those based on the settled case-law of the CJEU, relevant for reaching its conclusions in the case at hand, such as the clear wording of the relevant provisions, nature of the addressees of the legal provisions, in the present case being CRA subject to supervision of ESMA and thus having a recourse to its supervisor to clarify legal obligations it is subject to; moreover, presenting an alternative interpretation of the legal provision is not in itself sufficient to call into question the legal clarity of that provision; and that the principles of legality and legal certainty cannot be read as “precluding the gradual, case-by-case clarification of the rules by way of interpretation, provided that the result is reasonably foreseeable at the time the violation was committed”; and that ESMA’s interpretation of the relevant Article was already reasonably foreseeable based on the delegated act as well as soft-law guidance available.¹⁶⁹

The other main issue addressed in the Scope case concerned the application and proportionality of the fine imposed by ESMA. As described in more detail above, CRA Regulation sets out detailed procedural and methodological elements to be taken into account by ESMA – including the obligation to impose fines where it finds that infringement has been committed with negligence and the methodology to be followed when doing so, including detailed aggravating and mitigating factors, the application of which accordingly affects the final amount of the fine. The Board of Appeal, having also analysed the application of contested aggravating factors, concluded that ESMA had correctly applied the fine; notably, as regards the proportionality of the fine, the Board of Appeal found that

“[...] ESMA does not have discretion under the CRA Regulation to alter or calibrate fines depending on its subjective view of the seriousness or otherwise of an infringement or based on factors beyond those identified in the Regulation. The list of infringements set out in Annex III governs the infringements which must be subject to enforcement action by ESMA once a breach is identified. Further, the CRA Regulation contains a number of design features precisely adopted in order to support appropriate finessing of sanctions in light of individual circumstances. These include the set of aggravating and mitigating coefficients [...]. In this regard, the Board of Appeal notes that recital 19 of Regulation (EU) No 513/2011 (which empowers ESMA to act as supervisor of

¹⁶⁸ Decision 2020-D-03 of 28 December 2020 in Appeal by Scope Ratings GmbH against The European Securities and Markets Authority, para. 114.

¹⁶⁹ *Ibid*, paras.117-123 and the case-law cited.

rating agencies and take enforcement action) provides that co-efficients linked to aggravating and mitigating circumstances are established in order to give the necessary tools to ESMA to decide on a fine which is proportionate to the seriousness of an infringement committed by a credit rating agency, taking into account the circumstances under which the infringement was committed. Proportionality is accordingly embedded within the design of the fines regime.”¹⁷⁰

In addition to the substantive requirements of CRA Regulation (such as the interpretation of Articles 3(1)(a) (definition of ‘credit rating’), 3(2)(b) (credit research and other forms of general recommendations not deemed as credit ratings) and 8(3) (rating methodologies)) analysed by the Board of Appeal in the Nordic banks and Scope cases, respectively, it has also concluded on a number of other significant legal issues that are relevant for ESMA’s direct supervision and enforcement activities in a broader context. One of such issues of general nature was already described above (legal clarity and certainty); in addition, the Board of Appeal has also ruled on matters concerning the concept of ‘negligence’ – which was challenged in both – Nordic banks and Scope cases, as it constitutes a precondition for ESMA to impose fines. As described above, ESMA has developed a concept of negligence in light of the CJEU case-law, which is being applied considering the facts of each individual case. As far as the general concept of what constitutes ‘negligence’ is concerned, the Board of Appeal reaffirmed the test for negligence as developed by ESMA in both cases.

Specifically in the Scope case the Board of Appeal noted that “[...] the case law of the Court of Justice is of compelling clarity”¹⁷¹ in so that “[...] a high standard is to be expected of certain professional actors, including as regards the taking of advice and the assessment of risks”¹⁷² and “[...] that it can be expected that, in certain circumstances, appropriate legal advice is taken to assess, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences that a given act may entail. The Court found that this is particularly true in relation to persons carrying on a professional activity, who are used to having to proceed with a high degree of caution when pursuing their occupation.”¹⁷³

As far as the application of the negligence test to the facts of a particular case is concerned, while it confirmed the negligence in the Scope case, in the Nordic banks case the Board of Appeal concluded that because of the very peculiar situation at hand (issuing of ‘shadow ratings’ being a commonly known and used market practice in the Nordic region, not questioned by the local supervisors at the time), it could have affected the ability to foresee the possible infringement and that the entities should not have been found to be negligent.¹⁷⁴

Another important point that has been clarified by the Board of Appeal in the Scope decision is the concept of the ‘preceding business year’ which is relevant when

¹⁷⁰ *Ibid*, para. 184.

¹⁷¹ Decision 2020-D-03 of 28 December 2020 in Appeal by Scope Ratings GmbH against The European Securities and Markets Authority, para. 151.

¹⁷² *Ibid*., para. 152.

¹⁷³ *Ibid*.

¹⁷⁴ Decisions BoA-D-2019-01, BoA-D-2019-02, BoA-D-2019-03, BoA-D-2019-04 of 27 February 2019 in Appeals by Svenska Handelsbanken AB, Skandinaviska Enskilda Banken AB, Swedbank AB, Nordea Bank Abp against the decisions of ESMA, paras.297, 302, 305, and 311.

establishing the amount of the fines and determining the overall cap for the fine (i.e., not exceeding 20% of the annual turnover). In particular, having referred to settled case-law of CJEU in cases concerning competition cases, the Board of Appeal clarified that the ‘preceding’ shall refer to the business year before taking the enforcement decision (as opposed to the year preceding date when the infringement was brought to an end, which was the practice applied by ESMA at the time)¹⁷⁵.

IX. Conclusions

As can be seen from the above, the direct supervisory powers of ESMA have expanded over the last years, in the beginning in response to wide-scale turmoil caused by the 2007-2008 financial crisis, then Brexit and more lately in response to a more widespread cross-border activity of certain financial market practices, calling for a more centralised EU-approach. It may also be seen that the mandate has changed not only in terms of types of financial market participants but also in the way it is being designed. Starting from direct supervision on all EU-entities acting in a certain sector (CRAs, TS, SRs), the later legislative initiatives take a more targeted approach, placing under ESMA’s direct supervision entities which are either more significant for the EU financial system (Tier 2 TC CCP, critical EU benchmarks administrators) or operative at cross-border level (certain DRSPs).

The main elements of direct supervision and enforcement as regards the supervisory tools and measures, and the procedural steps to be followed, have remained as per the first framework established by the CRA Regulation, and since then have been replicated to a large extent into the following legislative acts. However, with the types of entities under ESMA’s direct supervision becoming more diverse also the relevant regimes have been adapted and slightly differ from one another. This is more often the case for establishing the infringements and calculating fines, which could be explained by both, the different scale of entities operating in the relevant markets, as well as the differences in the supervisory mandate as such (all EU entities in the case of CRAs, TRs, SRs, or ‘shared’ mandates as in the case of TC CCPs, benchmark administrators and DRSPs where the entities are subject to either national (including third-country) or ESMA supervision, depending on their classification).

Having a common approach in terms of the main tools at the disposal of ESMA and the procedural steps to be taken allows ESMA to build and apply a coherent supervisory and enforcement practice across the various entities; at the same time, certain deviations or unclarities in the legislation or the delegated acts have been identified which will surely require ad hoc assessments, once encountered in each individual case. Another element that seems to be very tailored to the types of entities under supervision by ESMA is the maximum amounts of the fines; while the structure of calculating the fines slightly differs across the various regulations, the possible maximum amount seems to be set with the scale and size of the entities in mind, e.g., EUR 200 000 for DRSPs, while in a hypothetical CRA case, taking as a sample the turnover of the CRA in the last ESMA’s enforcement case against CRAs, the maximum amount that could be imposed would be over EUR 45 million¹⁷⁶.

¹⁷⁵ Decision 2020-D-03 of 28 December 2020 in Appeal by Scope Ratings GmbH against The European Securities and Markets Authority, para. 177.

¹⁷⁶ 20% of the total turnover of the CRA as referred to in ESMA’s Decision 2021/1.

Overall, the direct supervisory powers of ESMA have marked already more than ten years, with a notable track record in the enforcement cases, as well as important decisions taken by the Board of Appeal, which both in practical and legal terms shape ESMA's supervisory practice. Also the benefits of a single EU supervisor for entities active across borders and/or significant for the wider economy and financial stability seem to be more and more recognised, therefore it is to be seen how ESMA's direct supervisory mandate will grow in the future.

Choix d'une loi identifiée et choix de la loi du for : une distinction à géométrie variable. Quelques remarques à propos de l'arrêt Civ. 1^{re} 26 janvier 2022, n°20-21.542, publié au Bulletin

Philippine Blajan,

Maître de conférences à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Le choix anticipé de la loi française pour régir un divorce, non valable d'après les articles 5.1 a) à c) du règlement Rome III, peut-il être validé au stade contentieux en tant que choix de la *lex fori* sur le fondement de l'article 5.1 d) ? La première chambre civile de la Cour de cassation répond positivement à cette question, éclairant ainsi le sens de la disposition en cause du règlement européen¹. La différence, au stade précontentieux, entre le choix d'une loi déterminée et le choix de la loi d'un for indéterminé est susceptible de s'effacer au stade contentieux, lorsque le for compétemment saisi est celui dont est issue la loi qui avait été choisie, de sorte que celle-ci devient applicable en tant que loi du for.

Un homme de nationalité russe et mexicaine avait épousé une femme de nationalité russe en Russie, sans contrat de mariage. Par un acte authentique postérieur, les époux ont adopté le régime français de la séparation de biens à l'égard de leurs biens situés en France, et, par ce même acte, ont prévu que la loi française régirait leur éventuel divorce. L'épouse ayant déposé une requête en divorce devant le juge français, la question de la loi applicable se posait². La réponse se trouve dans le Règlement (UE) n°1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération judiciaire renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps (dit Règlement « Rome III »)³. L'article 5 de ce texte permet aux époux de choisir d'un commun accord la loi applicable à leur éventuel divorce (art. 5.1)⁴, à tout moment durant le mariage, et

¹ Le domaine de la solution semble, de prime abord, limité au Règlement Rome III puisque, dans les instruments européens adoptant en matière familiale un *modus operandi* similaire s'agissant du choix de la loi applicable, c'est-à-dire répertoriant les lois mises à disposition des parties, la loi du for ne figure pas dans l'option. V. par exemple l'article 22 du Règlement (UE) n°650/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen (« Successions »). La disposition intitulée « Choix de loi » permet à une personne de choisir comme loi régissant sa succession celle dont elle possède la nationalité, par dérogation à la loi applicable à défaut de choix qui est celle de sa résidence habituelle (article 21). V. également l'article 22 du Règlement (UE) 2016/1103 du Conseil du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux, qui ouvre aux époux une *optio legis* uniquement délimitée par le critère de la résidence habituelle et de la nationalité des époux. Nous suggérerons néanmoins une possible extension de la solution, notamment en matière contractuelle et au regard de considérations tirées du droit de la compétence juridictionnelle (v. *infra*).

² La question préalable de la validité du mariage sous-jacent, qui peut se poser dans le cadre d'une procédure de divorce n'était pas en cause. Sur ce thème, v. S. CORNELOUP, « Les questions préalables de statut personnel dans le fonctionnement des Règlements européens de droit international privé », *Trav. com. fr. DIP* 2010-2012, p. 189 et s.

³ Depuis son entrée en vigueur le 21 juin 2012, ce Règlement fournit au juge français la règle de conflit de lois en matière (notamment) de désunion, et supplante l'article 309 du Code civil qui avait été adopté en 1975 (par la Loi n°75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce) pour fournir la solution du conflit de lois en matière de divorce. Le Règlement constitue depuis lors, pour le juge français, l'instrument de détermination de la loi applicable. À propos de ce texte, v. également S. CORNELOUP (éd.), *The Rome III Regulation. A Commentary on the Law Applicable to Divorce and Legal Separation*, Elgar, 2020, p. 13 ; J. GRAY, *Party Autonomy in EU Private International Law. Choice of court and choice of law in family matters and succession*, Intersentia, European Family Law Series, 2021, p. 74-76.

⁴ Cette solution, lors de son adoption, est apparue comme une « innovation majeure » (D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé. Tome 2 – Partie spéciale*, PUF, 5^e éd., 2021, n°758-2, p. 181 et dans le même sens, v. S. CORNELOUP, N. JOUBERT, « Autonomie de la volonté et divorce : le Règlement Rome III », in

au plus tard au moment de la saisine de la juridiction (art. 5.2), sauf si la loi du for permet une désignation en cours de procédure (art. 5.3).

La faculté de choix de loi n'est cependant pas illimitée⁵. Le texte l'enserme dans une option entre plusieurs lois présentant un lien avec les époux. En suivant l'ordre du texte, les parties peuvent convenir de désigner la loi de l'État de leur résidence habituelle au moment de la conclusion de la convention (art. 5.1 a)), ou la loi de l'État de leur dernière résidence habituelle, pour autant que l'un d'eux y réside encore au moment de la conclusion de la convention (art. 5.1 b)), ou la loi de l'État de la nationalité de l'un des époux au moment de la conclusion de la convention (art. 5.1 c)) ou, enfin, la loi du for (art. 5.1 d))⁶. En l'espèce, les parties avaient choisi la loi française, qui ne correspondait à aucune des lois désignées par les critères de rattachement retenus aux paragraphes a) à c) de l'article 5.1. En revanche, la loi française choisie en ces termes correspondait, au jour de sa saisine, à la loi du juge français compétemment saisi, autrement dit à la « loi du for », dont le choix est permis par le paragraphe d) du même article. C'est sur ce fondement que la Cour d'appel a déclaré l'applicabilité de la loi française au divorce des époux.

H. FULCHIRON, A. PANET, P. WAUTELET (dir.), *L'autonomie de la volonté en droit des personnes et de la famille dans les règles de droit international privé européen*, Bruylant, 2017, p. 179). En effet, dans une conception classique (et désormais caduque), le divorce est rangé dans la catégorie des droits indisponibles et, en conséquence, hors de portée de l'autonomie de la volonté. En outre, bien que certains droits nationaux ouvrent quelques options aux parties, aucun ne reconnaît aux époux un éventail de choix aussi large que le Règlement Rome III (évoquant ce point, v. C. GONZALEZ BEILFUSS, « Article 5 » in S. CORNELOUP (dir.), *Droit européen du divorce. European Divorce Law*, LexisNexis, 2013, n°3 p. 545-546 ; S. CORNELOUP, N. JOUBERT, « Autonomie de la volonté et divorce : le Règlement Rome III », *op.cit.*). Le considérant 15 du Règlement indique que le renforcement de l'autonomie des parties en matière de divorce répond à la nécessité, tirée de la mobilité accrue des citoyens, d'introduire davantage de souplesse et d'améliorer la sécurité juridique. Or, à défaut de choix des parties, la loi applicable à la désunion n'est pas toujours prévisible, et ce d'autant moins que les rattachements sont appréciés au jour de la saisine d'une juridiction. Pour remédier à cette insécurité, les parties peuvent sélectionner par anticipation la loi qui sera applicable à leur désunion. En ce sens, v. également C. GONZALEZ BEILFUSS, in S. CORNELOUP (dir.), *The Rome III Regulation, op. cit.*, Elgar, 2020, n°5.03 à 5.05, p. 66-67 ; P. CALLE, « Les fondements de l'autonomie de la volonté en droit de l'Union européenne (droit des personnes et de la famille) », in H. FULCHIRON, A. PANET, P. WAUTELET (dir.), *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*, Bruylant, 2017, p. 38.

⁵ « Il s'agit là de concilier la prévisibilité et la sécurité juridique avec le souci d'éviter le choix d'une législation n'entretenant aucun lien avec la situation. » : D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*. Tome 2 – Partie spéciale, PUF, 5^e éd., 2021, p. 182.

⁶ L'applicabilité du Règlement Rome III au nouveau divorce extrajudiciaire, introduit en droit français à l'article 229-1 du Code civil par la loi n°2016-1547 de modernisation de la justice du XXI^e siècle et par le Décret n°2016-1907 du 28 décembre 2016 relatif au divorce prévu à l'article 229-1 du Code civil et à diverses dispositions en matière successorale, reste discutée, dans la mesure où aucune « juridiction » ne rend de décision. Or, cette circonstance est un critère d'applicabilité matérielle du Règlement, qui a justifié l'inapplicabilité de ce dernier à des divorces religieux (v. *supra* l'arrêt *Sahyouni*). Cependant, la Circulaire du 26 janvier 2017 de présentation des dispositions en matière de divorce par consentement mutuel semble tenir pour acquis que les Règlements Bruxelles II *bis* et Rome III lui sont applicables. S'agissant de la compétence juridictionnelle, le Règlement (UE) 2019/1111 du Conseil du 25 juin 2019 (dit « Bruxelles II *ter* ») tranche le débat puisque son article 2.2 §3 indique qu'il sera applicable aux actes conclus par les parties et enregistrés par une autorité publique. À supposer que le divorce extrajudiciaire entre dans le champ d'application du Règlement Rome III, il convient de préciser que l'option de choix ouverte par l'article 5 sera alors limitée. En effet, la Circulaire écarte, pour le divorce sans juge, certaines dispositions, notamment l'article 5 § 1 d), de sorte que le choix des parties ne pourra pas se porter sur « la loi du for » : « si les époux souhaitent divorcer en utilisant le mécanisme de l'article 229-1 du code civil, il est préférable qu'elles désignent expressément la loi française comme loi applicable à leur divorce, pour autant qu'il s'agisse de : – la loi de l'État de leur résidence habituelle au moment de la conclusion de la convention ; ou – la loi de l'État de leur dernière résidence habituelle des époux, pour autant que l'un d'eux y réside encore au moment de la conclusion de la convention ; ou – la loi de l'État de la nationalité de l'un des époux au moment de la conclusion de la convention. ».

Pour s'y opposer, le demandeur au pourvoi faisait valoir que la Cour d'appel avait violé l'article 5 du règlement, dans la mesure où les époux avaient expressément désigné, non pas la « loi du for », mais la « loi française ». Or, il insistait sur l'importance de cette nuance, qui révèle une différence quant à la volonté sous-jacente des époux. Choisir la « loi du for », c'est nécessairement lier la compétence du juge et la loi applicable au fond, tandis que choisir la « loi française », c'est accepter une éventuelle dissociation entre la compétence juridictionnelle et la loi applicable au fond, tant que le droit choisi est effectivement applicable au fond.

D'après le moyen, le choix de la loi française pouvait d'autant moins s'entendre comme le choix de la loi du for que les époux n'avaient pas pris parti sur la compétence du juge apte à statuer sur le divorce. De fait, ils n'étaient guère en mesure de la fixer. Le Règlement (CE) n°2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale (dit « Bruxelles II bis ») ne permet pas aux parties de conclure un accord de choix de for, laissant au demandeur le soin de sélectionner, au sein d'une option de compétences, le juge devant lequel il portera son action. D'après le demandeur au pourvoi, la juridiction saisie, française ou non, devait donc s'interroger sur l'applicabilité de la loi française choisie au regard des paragraphes a) à c) de l'article 5, et non du paragraphe d). La circonstance que la juridiction française ait été saisie ne devait pas permettre au choix de la loi française d'être validé par cette dernière disposition, puisque les parties n'avaient pas entendu choisir la « loi du for ».

Enchâssée entre ces deux points, la seconde branche du moyen affirmait que le choix de la « loi du for » suppose que les parties se soient assurées, au moment où elles se sont engagées, du *contenu* de cette loi. Pour que cette prise de connaissance soit possible, le for devait être connu préalablement au choix de la *lex fori*, de manière à permettre au consentement des époux d'être parfaitement éclairé quant à leur choix de loi, ce qui n'était pas le cas en l'espèce puisque, ainsi que l'on vient de le voir, le for était inconnu.

En somme, la difficulté tenait au fait que les parties avaient exprimé leur volonté que la loi française soit applicable non pas en sa qualité de « loi du for », au sens de l'article 5.1 d), mais pour des raisons d'ordre substantiel, à un moment où le for du divorce et, par conséquent, le contenu de la *lex fori* n'étaient pas déterminés, ni déterminables.

La Cour de cassation devait répondre à la question de savoir si le choix de la loi applicable au divorce désignant la loi d'un État qui n'est pas l'une de celles qu'énumèrent les points a) à c) de l'article 5 du Règlement Rome III, mais celle du juge qui a ultérieurement été saisi de la demande en divorce, pouvait être considéré comme valable au titre du point d) du même article. Autrement dit, malgré le caractère *fortuit* de la correspondance entre la loi choisie et la loi du for saisi, ce dernier pouvait-il appliquer la loi choisie en sa qualité de *lex fori* et, par ce procédé, valider *a posteriori* le choix de la loi française ?

La Cour de cassation a approuvé l'application que la Cour d'appel a faite de l'article 5 du Règlement Rome III, considérant que les juges du fond avaient « déduit à bon droit » que la loi française choisie par les époux était applicable en tant que loi du for⁷. La

⁷ L'arrêt est cependant cassé pour contradiction entre les moyens et le dispositif, au visa de l'article 455 du Code de procédure civile. En effet, après avoir fait ressortir, dans ses motifs, que les biens situés en Russie étaient soumis à la loi russe tandis que ceux situés en France relevaient de la loi française, la Cour d'appel a pourtant déclaré dans son dispositif que la loi française était *seule* applicable à la liquidation du régime

solution nous paraît devoir être approuvée. Il ne s'agit pas seulement d'admettre un « rattrapage » judiciaire d'un choix de loi initialement non valide (car ne correspondant pas aux options ouvertes par les trois premiers paragraphes de l'article 5) au stade contentieux, puisqu'un fondement légal (le quatrième paragraphe de cet article) est trouvé pour valider et pour fonder *a posteriori* son efficacité. Il ne s'agit pas non plus de justifier ce procédé au seul regard du respect des prévisions des parties fondées sur leur choix de loi et au détriment des limites posées par le Règlement. Il nous semble qu'au-delà de l'objectif de protection des prévisions fondées sur un choix de loi, digne de considération au demeurant, et auquel l'arrêt répond par une interprétation *in favorem validitatis* de l'article 5.1 d), cette solution corrige également un important défaut du droit international privé européen du divorce qui, d'une part, ouvre aux parties la faculté de choisir la « loi du for » mais qui, par ailleurs, ne leur permet pas de choisir d'un commun accord ce for.

L'approbation de la solution n'est toutefois pas exclusive de celle du moyen du pourvoi, et la clé de compréhension de ce paradoxe réside dans la considération du droit de la compétence juridictionnelle, d'une part, et dans la distinction entre le moment où le choix de loi est *effectué* par les parties, et celui où il est *examiné* par le juge, d'autre part. La distinction entre le choix d'une loi nationale expressément identifiée et le choix de la « loi du for », que le demandeur au pourvoi mettait en avant, est avérée, puisque chacun dénote une volonté distincte des époux *au moment du choix* (I). Néanmoins, lorsqu'*au moment de l'instance*, il apparaît que la loi du for est celle que les parties avaient choisie, la Cour de cassation admet qu'elle puisse être appliquée en tant que telle, en vertu de l'article 5.1 d) du Règlement Rome III ; solution qui peut se comprendre au regard de l'absence de faculté pour les parties de fixer le for compétent (II).

I. Le choix d'une loi déterminée et le choix de la loi du for dénotent une volonté commune bien différente de la part des époux.

Le pourvoi insistait sur la différence – bien réelle, au stade précontentieux – entre le choix de la loi française, que les parties avaient effectué (B), et le choix de la « loi du for » (A).

A. Le choix de la « loi du for »

De manière générale, le choix, par les parties disposant d'une forme d'autonomie, de soumettre leur rapport de droit à la « loi du for » se distingue *plus ou moins* du choix d'une loi précise (la loi française, anglaise, etc.) pour régir le rapport de droit, et le degré de différence entre ces options législatives dépend d'une circonstance qui se situe sur le plan de la compétence juridictionnelle : la fixation ou non de la compétence du for dont la loi est désignée comme applicable.

Choisir la « loi du for », *alors que ce dernier est par ailleurs fixé*, dénote une double volonté commune des parties, à la fois conflictuelle et substantielle : le choix de la loi du for porte sur la configuration des rapports *forum-jus*, sans être exclusif de considérations substantielles. D'un côté, les parties choisissent une réunion *forum-jus* pour optimiser

matrimonial. Or, d'après la Convention de la Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable au régime matrimonial, la loi française n'était applicable qu'aux immeubles situés en France, le reste des biens mobiliers et immobiliers relevant pour leur part de la loi russe. La Cour d'appel de renvoi devra statuer à nouveau sur la loi applicable à la liquidation du régime matrimonial et sur la possible extension à cette question de la loi choisie pour régir le divorce.

certain aspects procéduraux ou pour limiter certaines difficultés procédurales susceptibles de surgir lorsque le juge doit appliquer une loi étrangère, mais de l'autre, elles effectuent ce choix dans le but d'obtenir l'application du droit du for. Leur choix peut porter sur la *lex fori* en tant que *source de la règle substantielle*, quel qu'en soit le contenu, ou bien, plus directement et plus substantiellement encore, sur la *règle substantielle* contenue dans la *lex fori*. Or, si cette dernière leur est connue, c'est précisément en raison de la compétence exclusive des juridictions d'un ordre juridique donné. Par exemple, en matière contractuelle, lorsqu'au moyen d'une clause de choix de juridiction, les parties sont à l'origine de la compétence exclusive d'un for, elles sont en mesure de connaître le contenu de la *lex fori*, et de la choisir pour régir leur rapport de droit⁸. Le cas échéant, le choix de la *lex fori* n'est ni aveugle, ni abstrait. Il est permis par la précaution préalable prise par les parties de fixer la compétence exclusive d'un for dont le droit sera applicable au fond. Les parties coupent ainsi court à l'éventualité que le juge du for applique une loi étrangère, au profit de la loi que le juge connaît le mieux et qu'il est le mieux à même d'appliquer non seulement correctement, mais aussi rapidement⁹ : la *lex fori*. Le bénéfice de la célérité et de l'optimisation de la qualité du jugement à venir n'est pas exclusif d'un autre avantage, qu'elles tirent du contenu même du droit du for, dont les parties peuvent avoir connaissance, voire, lorsque cela est le cas, qui peut avoir guidé leur choix de for. De fait, il se peut encore que le choix de for trouve directement sa raison d'être dans le choix par les parties de désigner une loi donnée pour régir leur contrat. Ayant identifié la loi qu'elles entendent voir régir leur contrat, les parties élisent le juge idéalement placé pour l'appliquer : le *forum legis*. Dans un cas comme dans l'autre, le choix de juridiction n'est pas seulement procédural ; il comporte une dimension substantielle. Que des parties entendent soumettre leurs litiges exclusivement aux juridictions anglaises, et les faire régir par la loi du for, ou bien qu'elles entendent avant tout soumettre leur contrat à la loi anglaise et la voir appliquée par le juge anglais qui la connaît le mieux, il est clair qu'*au moment où elles ont formulé le choix de for*, les parties se sont aussi accordées sur l'application au fond d'une loi identifiée

⁸ L'article 25.1 du Règlement Bruxelles I *bis* (Règlement (UE) n°1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale) permet aux parties de choisir le for exclusivement compétent pour leurs litiges, et l'article 3.1 du Règlement Rome I (Règlement (CE) n°593/2008 du Parlement et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles) leur offre la possibilité de choisir librement la loi applicable au contrat, y compris, donc, celle du for désigné. Il est toutefois rare que le choix de loi soit libellé au profit de la « loi du for ». Des parties ayant élu la juridiction anglaise comme exclusivement compétente préféreront désigner « la loi anglaise » et non « la loi du for ». L'intention des parties est toutefois bien que *la loi du juge élu* soit applicable. Une fois compétemment saisi, et la validité du choix de loi vérifiée, ce juge appliquera la loi désignée, qui correspondra à la loi du for. À propos des difficultés d'interprétation de cette clause de choix de loi lorsque la clause de choix de for a été violée, v. *infra*.

⁹ La recherche du contenu du droit étranger, par exemple, peut s'avérer longue, coûteuse, et approximative. Le temps de rassembler les preuves sur le contenu du droit étranger applicable, puis de résoudre d'éventuelles difficultés d'application ou d'interprétation peut être fort long. Le préjudice subi par les parties n'est alors pas seulement matériel (frais de procédure et de conseils juridiques) mais aussi substantiel : la qualité de la décision peut en pâtir. À la lumière de ces éléments, choisir la loi du for se présente comme une option intéressante. En ce sens, et à propos précisément de l'article 5 du Règlement Rome III, v. C. GONZALEZ BEILFUSS, in S. CORNELOUP (dir.), *The Rome III Regulation, op. cit.*, Elgar, 2020, n°5.41, p. 75 : “*Even in jurisdictions where courts are bound to apply foreign law ex officio, the application of foreign law always implies greater expense and is likely to cause delay. By contrast, the competent authority will find it easier to apply its own law. The selection of the law of the forum has the primary advantage of facilitating proceedings*”; *adde* du même auteur, “Article 5” in S. CORNELOUP (dir.), *Droit européen du divorce. European Divorce Law*, LexisNexis, 2013, n°24, p. 552 : “*Spones are also free to choose the law of the forum, which has considerable advantages from the point of view of cost-effectiveness.*”

(en l'occurrence, la loi anglaise), en tant que source de la solution et éventuellement en raison du contenu de celle-ci.

En l'absence de manifestation de volonté des parties en faveur de la compétence exclusive d'une juridiction donnée, et lorsque la compétence exclusive d'un for ne résulte pas non plus d'un choix du législateur, en revanche, le choix de la loi du for ne permet pas, au stade précontentieux, d'identifier la loi applicable.

Choisir la « loi du for », *alors que ce dernier n'est pas encore déterminé*, ce n'est donc pas présélectionner une source de droit matériel, voire, en son sein, une règle matérielle identifiée dont l'application est jugée désirable au fond, mais seulement fixer le *mode de désignation* de la loi applicable. Les parties manifestent une intention principalement conflictuelle : elles se bornent à indiquer leur intention que la loi applicable soit celle du juge compétemment saisi, autrement dit, la *lex fori*, et que toutes les autres règles de désignation de la loi applicable soient exclues. Le choix de la loi du for correspond alors à la volonté des parties que la loi applicable suive la compétence juridictionnelle, sur le mode de la jonction. Mais puisque, comme dans l'hypothèse ici étudiée et ainsi que le demandeur au pourvoi l'avait, les parties ne connaissent pas par avance la juridiction qui sera saisie, elles se trouvent dans l'impossibilité d'identifier la source législative compétente et de prendre connaissance de son contenu.

La différence entre le choix de la *lex fori* en présence ou en l'absence d'une compétence juridictionnelle exclusive apparaît ainsi clairement. À défaut de compétence exclusive du for, éventuellement voulue par les parties, le choix de la loi du for ne porte pas sur une loi précisément identifiée (la loi française, la loi anglaise, etc.), ni sur le contenu de celle-ci puisque, par hypothèse, tant qu'un juge, parmi tous ceux susceptibles de l'être, n'est pas compétemment saisi, les parties ignorent quelle est cette loi. Dans ce contexte, bien que le choix de la loi du for comporte une dimension substantielle, sous l'angle de l'optimisation de l'application de la loi par le juge qui la connaît le mieux, l'objet du choix de la loi du for apparaît principalement procédural et distinct de la désignation d'une loi identifiée, dans la mesure où il porte seulement sur la configuration des rapports *forum-jus*. Pour les parties, choisir la loi du for signifie qu'elles entendent gommer les conséquences que peut emporter l'extranéité de leur rapport juridique sur la nature des rapports entre la compétence juridictionnelle et la loi applicable, quelle que soit cette dernière. Les parties peuvent ainsi souhaiter renoncer aux avantages de l'applicabilité d'une loi étrangère, et remédier à ces inconvénients, en réunissant volontairement le *forum* et le *jus*, c'est-à-dire en assimilant, autant que possible, leur rapport juridique international à un rapport juridique interne. Pour le redire autrement, en l'absence de clause fixant la compétence exclusive d'une juridiction, le choix *précontentieux* de la *lex fori* permet de fixer le *mode de désignation* de la loi applicable, mais ne permet pas l'identification précise de celle-ci. Le choix de la loi du for n'anticipe pas l'identification précise de la loi applicable, qui reste dépendante de la saisine ultérieure d'un juge compétent, et non identifié au moment où le choix de loi ainsi libellé est effectué. En somme, la certitude que la fixation de la compétence juridictionnelle déterminera corrélativement l'applicabilité de la loi du for n'enlève pas au choix de loi son caractère « flottant »¹⁰. Dans l'attente de ce moment, les parties ne sont pas en

¹⁰ Employant l'expression de « *floating choice of law* », v. S. CORNELOUP, N. JOUBERT, « Autonomie de la volonté et divorce : le Règlement Rome III », *op.cit.*, n°5, p. 186.

mesure d'identifier le droit applicable à leur différend. Par conséquent, un tel choix n'améliore la prévisibilité de la loi applicable que très partiellement¹¹.

L'instabilité dans laquelle le choix de la loi du for laisse le rapport de droit, dans un contexte où la compétence juridictionnelle n'était pas fixée, comme en l'espèce, le relègue à la catégorie des hypothèses d'école¹². C'est au demeurant ce que le demandeur au pourvoi faisait valoir, à juste titre. Il insistait sur le fait que le choix de la loi « du for » à un moment où ce for restait inconnu de manière à s'assurer d'une jonction *forum-jus* n'était manifestement pas la volonté des époux, qui, au demeurant, avaient bien stipulé qu'elles entendaient soumettre leur divorce « à la loi française », quelle que soit la juridiction saisie.

B. *Le choix de la « loi française »*

Il ressort de l'argumentation de l'époux demandeur au pourvoi qu'en choisissant la loi française, les parties exprimaient leur volonté que leur divorce soit régi par cette loi *quelle que soit la juridiction compétemment saisie* par le demandeur. Or, cette volonté est incontestablement différente de celle des parties qui choisissent la loi du for en ayant préalablement ou concomitamment réglé la question de la compétence juridictionnelle. Tandis que le choix de la loi française ne porte pas sur la configuration des rapports entre la compétence juridictionnelle et la loi applicable, puisque tant que le juge saisi (français, ou étranger) applique la loi française, la volonté des parties est respectée, celui de la loi du for témoigne d'une volonté de lier ces deux composantes puisque le juge saisi (français ou étranger) doit alors appliquer sa propre loi (française ou étrangère).

En l'espèce, *au jour de la conclusion de la convention de choix de la loi française*, et en l'absence de compétence exclusive d'un for, légale ou prévue par une convention de choix de juridiction, les époux ne pouvaient pas prévoir le for qui aurait à connaître de leur procédure de divorce. Le choix d'une loi déterminée devait donc empêcher que le facteur contentieux, et plus précisément la faculté unilatérale du demandeur de saisir un for, fasse varier la loi applicable, qui devait demeurer la loi française.

Le demandeur au pourvoi entendait donc montrer que le choix de la loi française, contrairement au choix de la loi du for, correspond avant tout à une option de fond. C'est en considération du contenu du droit français du divorce que les parties ont opté pour la loi française et non pour une autre législation. La configuration des rapports entre la compétence juridictionnelle et la loi applicable n'était, d'après le demandeur au pourvoi, manifestement pas entrée en ligne de compte au jour où les époux avaient opté pour la loi française, de sorte que le juge français ne pouvait fonder l'applicabilité de la loi française sur une disposition (l'article 5.1 d) du Règlement Rome III) permettant aux parties d'opter pour la loi du for.

¹¹ Montrant que le choix de la loi du for pour régir le divorce a pour caractéristique de lier avec certitude le *forum* et le *jus*, mais risque de contrevenir à l'objectif de sécurité affiché par le Règlement Rome III, v. C. PONS, *La concordance des compétences juridictionnelle et législative. Étude des liens entre forum et jus en droit international privé européen*, thèse dactyl. Bordeaux, 2020, n°538.

¹² C. GONZALEZ BEILFUS, in S. CORNELOUP (dir.), *The Rome III Regulation*, op. cit., Elgar, 2020, n°5.08, p. 67 : "The limited empirical research on choice of law agreements in this area suggests that the main motivation of parties when selecting the applicable law is the content of such law. Spouses who are in agreement about wishing to divorce select the legal system that provides an easier, faster and cheaper marriage dissolution." v. également, et en conséquence, du même auteur : « Article 5 », in S. CORNELOUP (dir.), *Droit européen du divorce. European Divorce Law*, LexisNexis, 2013, n°25, p. 552 : "The law of the forum is therefore not an option if the agreement is concluded prior to the actual decision to divorce or separate, since under Regulation 2201/2003 it is not possible to conclude a choice of court agreement."

Compte tenu du bienfondé de l'argumentation du demandeur, que penser, dès lors, de l'analyse faite par la juridiction française ayant assimilé le choix de la loi française à la loi du for au moment du procès ?

II. La Cour de cassation approuve néanmoins la Cour d'appel d'avoir appliqué la loi française choisie en tant que loi du for.

L'applicabilité de la loi française en sa qualité de *lex fori* traduit un effacement, au jour du procès, de la distinction entre le choix de la loi française et le choix de la loi du for (A) et redonne à l'article 5.1 d) une utilité dont le Règlement Bruxelles II *bis* le privait (B).

A. L'effacement de la distinction entre le choix de la loi française et le choix de la *lex fori* au jour du procès

La solution livrée par la Cour de cassation confronte le lecteur à un paradoxe : c'est en méconnaissant la volonté des parties *telle qu'elle était exprimée au jour de la convention de choix de loi* que les juges du fond ont pu « à bon droit » la concrétiser *au jour du procès*. La méconnaissance de la volonté initiale des parties tient au fait qu'elles n'avaient effectivement pas entendu choisir la « loi du for », entendue dans le sens ci-dessus exposé, mais la loi française, ces deux options traduisant, ainsi que nous l'avons montré, des volontés fort différentes. Dans le même temps, c'est en analysant le choix de la loi française comme celui de la *lex fori* que le juge français donne effet à la volonté commune des parties, la loi française n'étant désignée par aucune autre branche de l'option ouverte par l'article 5 du Règlement Rome III. Pour rappel, cette disposition permet aux époux de choisir la loi de leur résidence habituelle au moment de la conclusion de la convention, la loi de leur dernière résidence habituelle si l'un d'eux y réside encore au moment de la conclusion de la convention, la loi de la nationalité de l'un des époux, ou la loi du for. La précision que l'identification de la loi choisie doit se faire *au moment de la conclusion de la convention* concerne les trois premières options, mais pas la dernière, qui ouvre aux parties la faculté de choisir la loi du for. Rien de plus logique : tandis qu'au jour de la conclusion de la convention de choix de loi, l'État de la résidence habituelle des époux, de leur dernière résidence habituelle ou de celle d'un des époux est connu, la juridiction compétente ne l'est guère puisque par hypothèse, le demandeur n'a pas encore exercé l'option offerte par le Règlement Bruxelles II *bis*, fixant ainsi le for, et l'applicabilité de la *lex fori*.

L'arrêt sous commentaire répond donc à une question laissée dans un angle mort par cette disposition : celle de savoir si le choix d'une loi qui n'est pas valable au jour de sa conclusion, car cette loi n'est désignée par aucune des trois premières branches de l'option, peut l'être ultérieurement, au stade du contentieux, sur le fondement de la quatrième voie, si elle correspond à la loi du for. La Cour de cassation laisse entendre que l'esprit de la clause de choix de loi peut prévaloir sur sa lettre, à condition que le choix de la loi française soit valable du point de vue français, ce qui sera le cas non seulement lorsqu'il correspondra aux options ouvertes par les paragraphes a) à c) de l'article 5 du Règlement Rome III, mais aussi lorsque, les juridictions françaises étant compétentes, la loi française peut être choisie comme loi du for en vertu du paragraphe d) du même texte.

Pour approuver la cour d'appel, puis la Cour de cassation, d'avoir ainsi jugé, il convient sans doute d'avoir à l'esprit le droit européen de la compétence juridictionnelle en

matière de divorce. En effet, cet arrêt a pour mérite de redonner à l'article 5.1 d) du Règlement Rome III une certaine utilité dont le Règlement Bruxelles II *bis* le privait.

B. *L'utilité de la solution au regard des carences du droit européen de la compétence juridictionnelle*

La faculté de choisir la loi du for, offerte aux parties par l'article 5 du Règlement Rome III apparaît en effet largement privée d'intérêt, dans la mesure où ni le Règlement Bruxelles II *bis*, ni le Règlement Bruxelles II *bis* refondu (parfois aussi désigné comme Bruxelles II *ter*¹³) n'offrent aux parties la faculté de fixer par avance le for exclusivement compétent, et dont la loi sera applicable en vertu de l'article 5.1 d)¹⁴. En ne permettant pas aux époux de conclure un accord de choix de juridiction, le législateur européen condamne le choix de la « loi du for » à n'être qu'un choix de loi flottant, fort peu attractif, alors qu'associé à une règle de compétence permettant de fixer le for, il peut présenter de nombreux avantages pratiques et substantiels¹⁵.

De surcroît, choisir la loi du for alors que l'époux demandeur aura l'avantage de pouvoir choisir ce for et ainsi, corrélativement, choisir unilatéralement la loi applicable, prive sans doute de portée l'article 5.1 d), du moins pour des parties bien avisées¹⁶. En effet, en l'absence de convention de choix de juridiction, comme dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt et, plus généralement, comme en matière de désunion¹⁷, la détermination de la compétence juridictionnelle est le fruit de la décision unilatérale du demandeur. C'est l'exercice par ce dernier de l'option de compétence juridictionnelle¹⁸ qui détermine la loi applicable. Cet avantage, non seulement procédural mais également substantiel, dont dispose le demandeur présente le risque évident d'encourager la course à la première saisine, et le *forum shopping*. En effet, en cas de pluralité de juridictions

¹³ À propos des défauts de cette dénomination, compte tenu de la continuité des objectifs poursuivis et des règles adoptées par les deux textes, qui invitent plutôt à retenir la dénomination « Bruxelles II *bis* refondu », v. C. NOURISSAT, « Règlement Bruxelles II *ter* : quelques éléments d'introduction », *Droit de la famille* n°7-8, juill. 2022, dossier 13.

¹⁴ C. GONZALEZ BEILFUSS, « Jurisdiction rules in matrimonial matters under Regulation « Brussels II bis » », in H. FULCHIRON et C. NOURISSAT (dir.), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, Dalloz, 2005, p. 53 et s., spéc. p. 60-61. Le Règlement Bruxelles II *bis* refondu (ou Bruxelles II *ter*), qui prendra le relai de son prédécesseur pour toutes les actions intentées à compter du 1^{er} août 2022, n'apporte pas de modification sur ce point, bien que l'ouverture d'un choix de for aux époux ait été proposée par le Groupe européen de droit international privé : v. les Travaux du groupe européen de droit international privé sur la proposition de Règlement relatif à la compétence, la loi applicable et la reconnaissance des décisions en matière de divorce et de séparation de corps (Anvers, 21-23 septembre 2018). Un article 5 intitulé « Prorogation volontaire de compétence » avait été proposé (v. p. 18 du rapport, accessible ici : <https://gedip-egpil.eu/wp-content/uploads/2018/09/PV-TRAV-v4-7.02.19-1.pdf>). Doctrine et praticiens le regrettent, ainsi que le relève encore tout récemment C. NOURISSAT, art. préc., *Droit de la famille* n°7-8, juill. 2022, dossier 13.

¹⁵ À propos desquels, v. nos développements *supra*.

¹⁶ Ce serait pousser à l'extrême l'avantage dont bénéficie le demandeur, et qui s'est déjà attiré des critiques. Sur ce point, v. not. P. MAYER, V. HEUZE, B. REMY, *Droit international privé*, Montchrestien, 12^e éd., 2019, n°604, p. 418 : « *puisque du choix du tribunal dépend la règle de conflit, et donc, dans une large mesure, le droit applicable au fond, ces options de compétence confèrent à celui qui prend l'initiative de l'action en divorce un avantage injustifiable dans ses rapports avec son conjoint, en même temps qu'elles contribuent gravement à saper l'autorité des lois nationales, dont le respect est ainsi grandement abandonné à sa discrétion.* ».

¹⁷ Sur l'absence de possibilité de conclure une clause de choix de juridiction en matière de désunion, v. *supra*.

¹⁸ L'article 3 du Règlement Bruxelles II refondu offre actuellement au demandeur la faculté de choisir le juge du pays de résidence habituelle des époux (article 3 a) i)), de la dernière résidence habituelle des époux dans la mesure où l'un d'eux y réside encore (article 3 a) ii)), de la résidence habituelle du défendeur (article 3 a) iii)), en cas de demande conjointe, de la résidence habituelle de l'un ou l'autre époux (article 3 a) iv)), de la résidence habituelle du demandeur s'il y a résidé depuis au moins six mois immédiatement avant l'introduction de la demande (article 3 a) v)), et s'il est ressortissant de l'État membre en question (article 3 a) vi)) ou de la nationalité des époux (article 3 b)).

compétentes, le choix de la loi du for confère au demandeur l'avantage de pouvoir saisir la juridiction dont la loi lui paraît la plus favorable à sa prétention. Pourtant, l'un des effets recherchés par la stipulation d'une clause de choix de loi réside précisément dans le fait de rétablir l'équilibre entre les parties dans la détermination de la loi applicable, et de limiter le *forum shopping*¹⁹, quelle que soit leur position procédurale à venir.

Dans ce contexte, il était légitime de penser que l'article 5.1 d) du Règlement Rome III n'améliorait guère la situation des parties, parce qu'il ne leur offrait pas davantage de prévisibilité et de sécurité juridiques, voire qu'il leur nuisait, en ajoutant au profit du futur demandeur un avantage substantiel à un avantage procédural : choisir unilatéralement la loi applicable en choisissant le for du divorce. Ainsi était-il légitime de se demander quel intérêt les parties pouvaient trouver à exercer la faculté que leur offre l'article 5.1 d) du Règlement Rome III relatif à la loi applicable au divorce et à la séparation de corps de choisir la « loi du for », quand ce for est indéterminable. L'arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 26 janvier dernier fournit indirectement une réponse à cette question, en permettant au juge français de se fonder sur la faculté de choisir la « loi du for » pour valider au stade contentieux un choix de la « loi française » qui n'était antérieurement pas valable. Cette solution donne ainsi une utilité pratique à l'article 5.1 d) du Règlement Rome III.

En somme, au stade contentieux, l'assimilation entre le choix de la loi française et le choix de la loi du for est rendue possible par une interprétation fonctionnelle de l'article 5.1 d) du Règlement Rome III, ainsi que par la correspondance entre la déclaration d'applicabilité de la loi du for par le juge français et le choix par les parties de soumettre leur rapport de droit à la loi française. Cette solution est digne d'approbation non seulement parce qu'elle redonne un sens à l'article 5.1 d), mais également parce qu'elle correspond à l'esprit des textes européens de droit international privé en matière de désunion. En effet, les règles européennes de compétence juridictionnelle internationale et de conflits de lois sont coordonnées en matière de divorce, et il en résulte un certain parallélisme des compétences : les lois que les parties peuvent choisir sont désignées en fonction de critères identiques, pour l'essentiel, à ceux qui sont susceptibles de fonder la compétence juridictionnelle en vertu du Règlement Bruxelles II *bis*. Le législateur européen favorise ainsi la concordance entre le *forum* et le *jus* au moyen des règles de rattachement contenues dans les Règlements Bruxelles II *bis* (désormais, II *ter*) et Rome III. La solution livrée par la Cour de cassation dans l'arrêt sous commentaire œuvre en ce sens.

De lege ferenda, si une nouvelle mouture du Règlement Bruxelles II (un Règlement Bruxelles II *quater*?) consacrait la faculté de choisir la juridiction compétente pour le divorce²⁰, la solution ici présentée deviendrait-elle caduque ? Autrement dit, la faculté pour les parties de déterminer le for du divorce ferait-elle obstacle à ce qu'un juge, par hypothèse non désigné comme for exclusivement compétent, admette l'applicabilité de sa propre loi en tant que « loi du for », sur le fondement de l'article 5.1 d) du Règlement Rome III alors qu'elle n'était pas désignée comme telle et qu'elle n'était pas l'une de celles proposées au choix par les paragraphes a) à c) du même article ? On pourrait d'abord le penser car, le cas échéant, une justification centrale de la solution présentée,

¹⁹ V. en ce sens le considérant 9 du préambule du Règlement Rome III.

²⁰ Sur l'opportunité qu'il y aurait d'ouvrir un choix de for dans le cadre du règlement Bruxelles II *bis*, v. A. BOICHE, « Pratique judiciaire des règlements européens en droit de la famille », *TCFDIP* 2014-2016, p. 17-36.

tenant à l'impossibilité pour les parties de fixer d'un commun accord le for dont elles ont élu la loi, disparaîtrait. Les parties étant en mesure de couper court à l'aléa pesant sur la compétence d'un for tant que le demandeur ne l'aura pas unilatéralement choisi et, parallèlement, de choisir la « loi du for », l'interprétation fonctionnelle de l'article 5.1 d), assimilant le choix d'une loi déterminée non prévue par les paragraphes a) à c) de l'article 5 au choix de la loi du for afin de lui faire produire ses effets, n'aurait plus lieu d'être. Un retour à une interprétation stricte de l'option ouverte par l'article 5 pourrait s'imposer.

À la réflexion toutefois, même en présence d'une faculté de choisir conventionnellement le for, l'intérêt de cet arrêt ne disparaîtrait pas. Le contentieux international des contrats montre en effet que la stipulation d'une clause exclusive de choix de for ne coupe pas court au risque, dont la réalisation n'est au demeurant pas rarissime, qu'une partie saisisse un autre juge, en violation de cette clause. Deux principales séries de raisons peuvent conduire le juge saisi mais non élu à écarter la clause de choix de juridiction et à se déclarer compétent. Premièrement, dans un contexte international fortement empreint de particularisme, chaque ordre juridique ayant sa propre conception des conditions de validité et des conditions d'applicabilité (ou du champ d'application) des clauses de choix de for, il se peut que le juge écarte la clause de choix de juridiction et se reconnaisse compétent, si son droit lui indique qu'à défaut de compétence exclusive étrangère, il peut l'être pour le litige qui lui est présenté²¹. Deuxièmement, dans un contexte moins particulariste en raison de l'existence de règles de compétence internationale harmonisées, comme dans le cadre de l'Union européenne, il est encore possible que la clause de choix de for soit privée d'effet si elle ne respecte pas les conditions de validité posées par les textes européens (par exemple, si elle désigne un juge qui n'est pas prévu dans l'option si le choix de for est limité). L'éventualité qu'un juge non élu accepte sa compétence, quelle qu'en soit la raison, montre bien que *l'aléa de la compétence juridictionnelle, c'est-à-dire non seulement l'aléa du comportement procédural du demandeur au moment de la saisine d'un juge mais aussi la diversité des points de vue étatiques sur la compétence juridictionnelle, est une donnée constante du contentieux international, quelle que soit la matière et quelle que soit l'admissibilité ou non du choix conventionnel de for*. Dans ce contexte, où la compétence juridictionnelle relève encore, même seulement à titre d'hypothèse secondaire, d'une sorte de surprise réservée à l'autre partie par le demandeur et par le droit de la compétence internationale du juge saisi par ce dernier, la mise en œuvre de la clause de choix de loi peut soulever des difficultés proches de celle à laquelle la Cour d'appel et la Cour de cassation étaient confrontées dans l'affaire commentée.

Sans chercher l'exhaustivité, deux hypothèses peuvent être envisagées pour l'illustrer.

Admettons en premier lieu que les parties, *ayant fixé conventionnellement un for, avaient convenu de l'applicabilité de la « loi du for »*. Comment le juge étranger, non élu et se reconnaissant néanmoins compétent, doit-il interpréter et mettre en œuvre la clause de choix de la « loi du for » *au jour du contentieux* ? Si le juge saisi en déduit l'applicabilité de sa propre loi, il respecte la lettre de la clause de choix de loi qui désigne la « loi du for »,

²¹ Pour des exemples où un juge anglais saisi en violation d'une clause de choix de for désignant un juge étranger, ou en violation d'une clause compromissoire, s'est reconnu compétent, v. *A/S D/S Svendborg v. Wansa* [1997] Lloyd's Rep 183 (CA) ; *The El Amria* [1981] 2 Lloyd's Rep 119 ; *Accentuate Ltd v Asigra Inc* [2010] 2 All ER (Comm) 738.

mais ne méconnaît-il pas la volonté des parties que la loi *du juge initialement élu* régie leur litige, cette volonté résultant clairement de la *combinaison* de la clause de choix de la loi du for avec une clause désignant ce for ? Pourrait-il retranscrire cette clause de choix de la loi du for en clause de choix d'une loi déterminée, celle du for étranger initialement élu – si ce juge était le juge français, en choix de la « loi française » quitte, alors, à dissocier la compétence juridictionnelle et la compétence législative ?

Admettons en second lieu que les parties, *ayant fixé conventionnellement un for, français par exemple, avaient convenu de l'applicabilité de la « loi française »*. Le juge étranger saisi en violation d'une clause désignant le juge français, en appliquant la « loi française », respecterait la lettre du contrat, mais n'ignorerait-il pas possiblement leur volonté de lier le *jus* au *forum*, quel que soit ce dernier (français ou étranger), et même s'il s'avère qu'il n'est pas celui (français) qu'elles avaient désigné d'un commun accord ? Il est vrai que la difficulté pourrait être résolue par la voie d'une modification de la clause de choix de loi ou d'un accord procédural en faveur de la loi du for, éventuellement sur invitation faite aux parties par le juge de se prononcer sur ce point, mais rien ne garantit que les parties parviennent à s'entendre sur cette question en cours de procédure. Dans ce cas, le juge se retrouve bien face à une hésitation entre la lettre et l'esprit de la clause de choix de loi. L'arrêt sous commentaire lui apporte peut-être un début de réponse, en privilégiant l'esprit du choix sur la lettre de la clause au jour du procès.

En somme, cette décision pourrait contribuer à mieux cerner le régime du choix de loi *largo sensu*, c'est-à-dire y compris dans d'autres champs du droit international privé, comme en matière contractuelle. En effet, elle témoigne du pouvoir d'interprétation constructive du juge s'agissant de la clause de choix de loi en présence d'un facteur contentieux aléatoire ; or ce dernier est transversal, ce qui pourrait conférer à cette décision une portée au-delà du seul champ du Règlement Rome III.

Towards a 'Soft Law' Framework Against Foreign Cyber attacks and Interferences in Elections

Francesco Seatzu*,

Full Professor of International and European Law, University of Cagliari, Italy.

'Today, international law offers no more than a partial response to the threat of foreign election interference online'.

(Duncan B. Hollis)

'Although hard law is binding and soft law is not, the distinction is actually more nuanced'.

(Sharifah Sekalala)

Abstract: Foreign voting interference is by no means a new phenomenon. Using disinformation to change people's minds or influence the outcome of political and administrative elections is a strategy old of centuries. In recent times, nevertheless, foreign election interference has gone mostly digital, and with Russia's interference in the 2016 U.S. presidential election and reports of foreign interference in the *Brexit* referendum that same year, attention to this phenomenon has grown quickly and exponentially. Inevitably this has led to debates focusing on the adequacy of international legal rules and general principles to respond to foreign cyber election interference. Almost all these debates have cast doubts and increased scepticism about the adequacy of current international law to confront foreign election interference through cyber means. Differences emerged, however, about the appropriate international legal remedies to fight against cyber interferences in electoral matters. One possible remedy most frequently suggested is a new UN treaty specifically addressing foreign cyber election interference. Rather than drafting a new hard law treaty, the present work defends the idea that a 'soft law' framework should be developed to ensure the protection and security of national elections against the threat of foreign interference and disinformation by cyber means, based on two core elements: firstly, the consolidation and application of existing international customary and human rights law into sets of guiding principles for both states and non-state actors; secondly, improved mechanisms for inter-agency cooperation to ensure enforcement of these principles. The work suggests that learning from the precedents of developing the 'Declaration of Principles for International Election Observation' and the 'Compendium on Cyber Security of Election Technology' and their corresponding institutional frameworks, might be significantly instructive in this regard.

Keywords: Foreign voting interference; UN treaty; cyber means; human rights and freedoms; guiding principles; international elections; non state actors; states; international law; hard law; soft law; cyber security; free and fair elections; armed attack; election hacking.

I. Introduction

* JD (Cagliari); PhD (Nottingham).

Foreign election interference¹ is by no means a recent phenomenon.² Using disinformation to change electors' minds or influence the outcome of otherwise free and fair elections is centuries old strategy.³ As early as 1924, the diffusion of a forged document (the so called 'Zinoviev letter') in one of Britain's most popular newspapers four days before election day significantly affected the outcome of the UK election and caused an unexpected reversal of opinion among British voters.⁴ In recent times, nevertheless, foreign election interference has gone (mostly) digital, and with Russia's interference in the 2016 US presidential election⁵ and reports of foreign interference in the Brexit referendum that same year⁶, attention to this phenomenon has grown quickly and exponentially,⁷ transforming it in one of the most widely debated international phenomena of the last few years.⁸ The list of prominent examples grows longer every year. Reports of Chinese disinformation campaigns to discredit the anti-China presidential candidate in the 2020 Taiwan election,⁹ suspicions of Russian attempts to meddle in the 2019 UK election,¹⁰ evidence of fake Chinese accounts targeting pro-democracy supporters in Hong Kong in 2019,¹¹ and massive amplification of false narratives about the Greens and their top candidate Annalena Baerbock in the September 2021 German federal elections¹² are just some of the most recent and perhaps noteworthy examples of digital interference of this kind reaching the front pages of international media.¹³ Since the beginning of 2020, we have also been observing a new and worrying layer of this threat: the so-called infodemic, i.e. the

¹ On the distinguishing features of foreign election interference, see J. DAVID OHLIN, D. B. HOLLIS, 'Introduction', in J. DAVID OHLIN, D. B. HOLLIS (eds.), *Defending Democracies: Combating Foreign Election Interference in a Digital Age* (Oxford: OUP, 2021), p. 218 ff.

² For a discussion of this phenomenon, see e.g. P. BAINES, N. JONES, 'Influence and Interference in Foreign Elections. The Evolution of its Practice' (2018) 163 *The RUSI Journal*, pp. 12 to 19.

³ See IPPI, *The Global Story of Election Interference*, available at: <https://www.ippi.org.il/the-global-story-of-election-interference/>.

⁴ *Ibidem*.

⁵ See for references of this event D. E. SANGER & S. SHANE, 'Russian Hackers Acted to Aid Trump in Election', U.S. Says, N.Y. TIMES (Dec. 9, 2016). See also J. D. OHLIN, 'Did Russian Cyber Interference in the 2016 Election Violate International Law' (2016-2017) 95 *Tex. L. Rev.*, p. 1579 ff; R. GUNTHER, P. A. BECK, E. C. NISBET, 'Fake News May Have Contributed to Trump's 2016 Victory (Mar. 8, 2018)', available at: <https://www.documentcloud.org/documents/4429952-Fake-News-May-Have-Contributed-to-Trump-s-2016.html>; P. SALVATI, 'The 2016 US Presidential Election and Russia's (Alleged) Interference through Cyber Intelligence Collection: a Perspective of International Law' (2017) 72 *La Comunità Internazionale*, p. 17 ff.

⁶ See T. STEVENS, 'Brexit and Beyond: Cyber Security', available at: <https://www.kcl.ac.uk/cyber-security-brexit-and-beyond>.

⁷ See IPPI, above n. 2.

⁸ Amplius, see J. DAVID OHLIN, D. B. HOLLIS, above n. 1, p. 1 ff. See also W. ZHAO, 'Cyber Disinformation Operations (CDOs) and a New Paradigm of Non-Intervention' (2020) 27 *University of California Davis Law Review*, available at: https://jilp.law.ucdavis.edu/issues/volume-27-1/27.1_ZHAO.pdf. See also Ishaan Tharoor, 'The Long History of the U.S. Interfering With Elections Elsewhere', WASH. POST (Oct. 13, 2016).

⁹ See e.g. 'Taiwan's War on Fake News Is Hitting the Wrong Targets', available at: <https://foreignpolicy.com/2020/01/10/taiwan-election-tsai-disinformation-china-war-fake-news-hitting-wrong-targets/>.

¹⁰ See L. KUENSSBERG, 'Almost certain' Russians sought to interfere in 2019 UK election – Raab', available at: <https://www.bbc.com/news/uk-politics-53433523>.

¹¹ See S. FRIER, 'Fake social media accounts targeted Hong Kong protesters', available at: <https://www.aljazeera.com/economy/2019/8/19/fake-social-media-accounts-targeted-hong-kong-protesters>.

¹² B. BRIEFING, 'Disinformation, fake news plague German election campaign', available at: <https://www.dw.com/en/disinformation-fake-news-plague-german-election-campaign/a-59104314>.

¹³ See IPPI, above n. 2.

ongoing wave of disinformation and conspiracy theories surrounding the Covid-19 pandemic, fuelled not only by foreign, but massively by domestic actors and networks as well.¹⁴ The dissemination of false information to deliberately mislead the public seems to have become the new normal, and a 2019 study suggested that by 2022 the majority of people would see more false information than true information.¹⁵

Inevitably, all this has led to debates focusing on the adequacy of international law provisions to respond to foreign cyber interference, especially in the election field.¹⁶ Almost all these debates have cast doubts and created scepticism on the adequacy of current international law to confront foreign election interference through cyber means.¹⁷ Differences have emerged, however, regarding the appropriate international legal remedies and solutions to fight against cyber interferences in national elections. The most frequently suggested possible remedy is a new United Nations treaty specifically addressing foreign cyber interference in electoral processes.¹⁸ Rather than drafting a new hard law treaty, the present work argues that a ‘soft law’ framework should be developed to ensure the protection of elections against the threat of foreign interference and disinformation by cyber means, based on two core elements: firstly, the consolidation and application of existing international customary and human rights law into sets of guiding principles for both state and nonstate actors; secondly, improved mechanisms for inter-agency cooperation to ensure enforcement of these principles. The work suggests that learning from the precedent of developing the ‘Declaration of Principles for International Election Observation and Code of Conduct for International Election Observers’ and its corresponding institutional framework, might be significantly instructive in this regard.¹⁹

II. Problems with the current Legal status quo

¹⁴ See M. MILANOVIC, ‘Cyber Attacks and Cyber (Mis)information Operations during a Pandemic’ J(2020) 11 *Journal of National Security Law & Policy*, pp. 247 ff.

¹⁵ See M. SCHEIDT, ‘The European Union versus External Disinformation Campaigns in the Midst of Information Warfare: Ready for the Battle?’ (2019) 11 *EU Diplomacy Paper*, available at: <http://aei.pitt.edu/100447/>. See also ECU, ‘Fake News, Misinformation, and Disinformation as Cyber Security Threats’, available at: <https://itcs.ecu.edu/itcs-news/fake-news-misinformation-and-disinformation-as-cyber-security-threats/>; J. BARKHAM, ‘Information Warfare and International Law on the Use of Force’ (2001) 34 N.Y.U. J. INT’L L. & POL., pp. 57, 68.

¹⁶ See among many contributions: Y. DAWOOD, ‘Combating Foreign Election Interference: Canada’s Electoral Ecosystem Approach to Disinformation and Cyber Threats’ (2021) 13 *Election Law Journal: Rules, Politics, and Policy*, p. 32 ff; J. VAN DE VELDE, ‘The Law of Cyber Interference in Elections’, available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3043828; M. N. SCHMITT, ‘“Virtual” Disenfranchisement: Cyber Election Meddling in the Grey Zones of International Law’ (2018-2019) 19 *Chi. J. Int’l L.*, p. 30 ff; J. DAVID OHLIN, *Election Interference: International Law and the Future of Democracy* (Cambridge: CUP, 2020), p. 10 ff; D. B. HOLLIS, ‘Introduction’, in J. DAVID OHLIN, D. B. HOLLIS (eds.), *Defending Democracies: Combating Foreign Election Interference in a Digital Age* (Cambridge: CUP, 2020), p. 3 ff; Id., ‘WHY STATES NEED AN INTERNATIONAL LAW FOR INFORMATION OPERATIONS’ (2007) 11 *LEWIS & CLARK LAW REVIEW*, available at: <https://law.lclark.edu/live/files/9551-lcb114art7hollis.pdf>; M. RODRIGUEZ, ‘Disinformation Operations Aimed at (Democratic) Elections in the Context of Public International Law: The Conduct of the Internet Research Agency During the 2016 US Presidential Election’ (2019) 47 *International Journal of Legal Information*, pp. 149-197; N. TSAGOURIAS, ‘Electoral Cyber Interference, Self-Determination and the Principle of Non-Intervention in Cyberspace’ (Aug. 26, 2019) *EJIL TALK!*, available at: <https://www.ejiltalk.org/electoral-cyber-interference-self-determination-and-the-principle-of-non-intervention-in-cyberspace/>; C. C. JOYNER, C. LOTRIONTÉ, ‘Information Warfare as International Coercion: Elements of a Legal Framework’ (2001) 12 *EUR.J.INT’L L.*, pp. 825, 828.

¹⁷ See *ex multis* L. HAMILTON, ‘Beyond Ballot-Stuffing: Current Gaps in International Law regarding Foreign State Hacking to Influence a Foreign Election’ (2017-2018) 35 *Wis. Int’l L.J.*, p. 179 ff.

¹⁸ See for references on this proposal, M. N. SCHMITT, above n. 13, p. 30 ff.

¹⁹ The text of the Declaration is available at: <https://www.osce.org/odihr/elections/215556>.

In order to make the case for developing international non-binding rules and standards on the protection of national elections from foreign cyber-attacks and interferences, it is important to begin by setting out what the main problems are with the current international legal status quo that a soft law framework would attempt to address.²⁰ Most obviously, the absence of a clear and complete public international law framework applicable to the cyber security of national elections leads to unfulfilled protection needs and normative gaps that have significant consequences for the regular conduct and fairness of national electoral processes.²¹ Less obviously but similarly, the absence of such a legal framework also raises a number of problems for the voters and the exercise of their rights. These problems have mainly to do with the lack of adequate guarantees for the exercise of their electoral rights and freedoms in the ongoing era of cyber-attacks and electoral hacking.

The rest of the paragraph will illustrate these problems in turn.

Few authors would contest that international law prohibits states from engaging in election interference that constitutes a use of force.²² However, if this is true, neither would many (or any) authors contest that this obligation can prohibit anything beyond a small subset of existing election interference activities and campaigns by cyber means.²³ The immediate reason is easily discernible: most cyber election interference cannot be legally categorised as use of force or armed attacks.²⁴ In fact, they: 'seldom cause physical damage, *given that they hardly employ* conventional military weapons'.²⁵ Another, though less immediate, reason concerns the enduring lack of consensus on the implications of uses of cyber means.²⁶

There are, nevertheless, at least two bodies of international law other than the law of the use of force that are relevant to foreign election interference by cyber means. International human rights law is one of these bodies. In fact, there is always the possibility that a foreign election interference campaign by cyber means violate the human right to privacy as embodied by Article 17 of the International Convention on

²⁰ On the distinction between cyber election interference and other forms of cyber attacks, see J. VAN DE VELDE, 'The Dangers of Forceful Countermeasures as a Response to Cyber Election Interference', in J. DAVID OHLIN, and D. B. HOLLIS (eds), *Defending Democracies: Combating Foreign Election Interference in a Digital Age* (New York, 2021), p. 217 ff.

²¹ See also L. HAMILTON, 'Beyond Ballot-Stuffing: Current Gap in International Law regarding Foreign State Hacking to Influence a Foreign Election' (2017) 35 *Wisconsin international law journal*, p. 179 ff.

²² See M. ROSCINI, 'Cyber Operations as a Use of Force', in N. TSAGOURIAS, R. BUCHAN (eds.), *Research handbook on international law and cyberspace* (Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2021), pp. 233-254; J. VAN DE VELDE, above n. 20, p. 217 ff. See also C. C. JOYNER & C. LOTRIONTE, 'Information Warfare as International Coercion: Elements of a Legal Framework' (2001) 12 *European Journal of International Law*, pp. 825, 828.

²³ See J. VAN DE VELDE, above n. 20, p. 217 ff.

²⁴ Amplius, see M. N. SCHMITT, "'Attack" as a Term of Art in International Law: The Cyber Operations Context', in C. CZOSSECK, R. OTTIS, K. ZIOLKOWSKI (eds.), *4th International Conference on Cyber Conflict* (NATO CCD COE Publications, Tallinn, 2012), available at: https://ccdcoe.org/uploads/2012/01/5_2_Schmitt_AttackAsATermOfArt.pdf; Id., 'Wired warfare: Computer network attack and *jus in bello*' (2002) 84, p. 365 ff. See also R. NGUYEN, 'Navigating "Jus Ad Bellum" in the Age of Cyber Warfare' (2013) 101 *Calif. L. Rev.*, p. 1079 ff.

²⁵ Amplius, see S. HAATAJA, *Cyber Attacks and International Law on the Use of Force. - The Turn to Information Ethics* (London: Routledge, 2018), p. 10 ff.

²⁶ See also R. GOODMAN, 'International Law and the US Response to Russian Election Interference', available at: http://static.cs.brown.edu/people/jsavage/VotingProject/2017_01_05_JustSecurity_InternationalLawAndUSResponseToRussianElectionInterference.pdf.

Civil and Political Rights (ICCPR).²⁷ Article 17 provides that: ‘No one shall be subjected to arbitrary or unlawful interference with his privacy, family, home or correspondence, nor to unlawful attacks on his honour and reputation’. Then again, there is also the possibility that a foreign election interference campaign by cyber means compromise the exercise of the individual right to take part in the conduct of public affairs as protected by Article 25 of the ICCPR²⁸ and/or violate the prohibition of propaganda for war and hate speech under Article 20 of the ICCPR.²⁹ However, having said that, there are a series of major obstacles to a finding that a foreign election cyber interference campaign like the Russian interference in the 2016 U.S. election violated the human right to privacy of affected individuals.³⁰ Jeans David Ohlin captures this point well when he argues that the most significant of these obstacles is the open question of whether international human rights duties are extraterritorial in nature, an issue directly on point with respect to cyber operations mounted remotely from outside a State’s territory.³¹ Another obstacle derives from the fact that States have not yet characterised the practice of espionage, namely the practice of obtaining information about a foreign government by spying, as a breach of the human right to privacy under Article 17 of the ICCPR³²

Customary international law is the other body of international law that is relevant to foreign cyber interference in state elections. The obligation of states to prevent their cyber infrastructure like computers, microprocessors and wires from being used in a way that contravenes the international legal duties of other sovereign states is firmly enshrined in general international law.³³ This obligation imposes a double duty on States. The first duty is a duty of result in that it demands States to enforce the laws and institutions indispensable to prevent and punish malicious cyber behaviour emanating from their territories, though international law leaves States wide discretion in deciding the form and content of how states implement such measures.³⁴ The second duty is a duty of conduct in the sense that when a threat emanates from their cyber infrastructure and states have knowledge (actual or factual) of that threat, they must act appropriately, using their capacities and resources to suppress it.³⁵ What is appropriate in the given circumstances will depend on various factors that apply at the time, such as the

²⁷ See J. VAN DE VELDE, above n. 20, p. 224, observing that “... hacks that are made public, or even those that are kept privately, but discovered, might be considered an arbitrary interference in a citizen’s privacy”.

²⁸ On the meaning and scope of Article 25 of the ICCPR, see e.g. N. MAISLEY, ‘The International Right of Rights? Article 25(a) of the ICCPR as a Human Right to Take Part in International Law-Making’ (2017) 28 *EJIL*, p. 89 ff.

²⁹ On the subject, see E. DE BRABANDERE, ‘Propaganda’, in Rüdiger Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedias of International Law* (Oxford, OUP, 2019); M. G. KEARNEY, ‘The Prohibition of Propaganda for War in International Human Rights Treaties’, in M. G. Kearney (ed.), *The Prohibition of Propaganda for War in International Law* (Oxford, 2007), p. 133 ff.

³⁰ See also C. LAM, ‘A Slap on the Wrist: Combatting Russia’s Cyber Attack on the 2016 U.S. Presidential Election’ (2018) 59 *Boston college law review*, pp. 2167-2201.

³¹ See D.J. OHLIN, above n. 5, p. 1579 ff.

³² See A. LUBIN, ‘Espionage as a Sovereign Right under International Law and Its Limits’ 24 (2015-2016) *ILSA Quart.*, p. 22 ff.

³³ See G. CORN, R. TAYLOR, ‘Sovereignty in the Age of Cyber’ (2017) 111 *AJIL Unbound*, pp. 207-212.

³⁴ See Report of the Study Group co-organised by the University of Bologna, University of Milan and University of Westminster, ‘INTERNATIONAL LAW AND CYBERSPACE’, available at: https://www.esteri.it/wp-content/uploads/2021/12/UNIBO_Applicazione-dei-principi-della-Carta-delle-Nazioni-Unite-nello-spazio-cibernetico.pdf.

³⁵ Amplius, see A. SARDU, ‘L’international cybersecurity law: lo stato dell’arte’ (2020) 5 *La Comunità Internazionale*, p. 35 ff.

resources available to the state and the risks associated with the activity in question.³⁶ Taken together, these obligations form a duty under international law that provides states with a degree of protection against malicious transboundary cyber behaviour by non-state actors.³⁷ Though surely better than nothing, this protection is not sufficient on its own to guarantee safe cyberspace in election-related issues.³⁸

Election meddling could constitute a violation of state sovereignty. This, however, only in the rare case a State breaks into another State's election system physically or through cyber-attack and directly alters the vote count.³⁹ It could also constitute an unlawful intervention into the internal affairs of another State;⁴⁰ the latter, nonetheless, only when a cyber operation affects a State's *domaine réservé* and it is coercive in character.⁴¹ As international legal scholars have pointed out, both these conditions are not easy to establish in practice.⁴² In particular, it is far from easy to determine what type of election meddling shall be considered coercive and thus internationally unlawful. Public international law (as also recast in the *Tallin Manual 2.0*)⁴³ offers little help, if any, in this respect, since there is no conclusive definition of the term of coercion.⁴⁴ In particular, it remains unclear, and thus uncertain, whether coercion requires a direct causal nexus between the act in question and the coercive effect, such as in the case of altering election results.⁴⁵ And, mutatis mutandis, similar considerations apply to the possible use of forceful countermeasures such as economic sanctions in the field of cyber election meddling.⁴⁶ This possibility, while admitted by some international legal writers of high authority,⁴⁷ has been called in question and rejected by a growing number of others⁴⁸ with arguments worthy of thoughtful consideration.

³⁶ See Report of the Study Group co-organised by the University of Bologna, University of Milan and University of Westminster, above n. 34.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ Accordingly, see M. N. SCHMITT, 'Virtual Disenfranchisement: Cyber Election Meddling in the Grey Zones of International Law' (2018) 19 *Chicago journal of international law*, available at: <https://cjl.uchicago.edu/publication/%E2%80%99Cvirtual%E2%80%99D-disenfranchisement-cyber-election-meddling-grey-zones-international-law>.

³⁹ Amplus, see A. PRINTZ, 'Election Hacking: A Trifecta of Sovereignty, Intervention, and Use of Force Violations in International Law' (2019) 42 *Loy. L.A. Int'l & Comp.*, p. 305 ff.

⁴⁰ See S. WHEATLEY, 'Cyber and Influence Operations Targeting Elections: Back to the Principle of Non-Intervention' (2020) *EJIL: Talk!*, available at: <https://www.ejiltalk.org/cyber-and-influence-operations-targeting-elections-back-to-the-principle-of-non-intervention/&cd=2&hl=it&ct=clnk&gl=it>.

⁴¹ See N. TSAGOURIAS, 'Electoral Cyber Interference, Self-Determination and The Principle of Non Intervention in Cyberspace', in D. BROEDERS and B. VAN DEN BERG, *Governing Cyberspace: Behaviour, Power and Diplomacy* (London: Rowman & Littlefield, 2020), ch. 3.

⁴² See N. TSAGOURIAS, above n. 41.

⁴³ According to the Tallinn Manual 2.0: '[C]oercion must be distinguished from persuasion, criticism, public diplomacy, propaganda, retribution, mere maliciousness, and the like in the sense that, unlike coercion, such activities merely involve either influencing (as distinct from factually compelling) the voluntary actions of the target State or seek no action on the part of the target State at all'. The text of the Tallinn Manual 2.0 is available at: <https://www.cambridge.org/core/books/tallinn-manual-20-on-the-international-law-applicable-to-cyber-operations/E4FFD83EA790D7C4C3C28FC9CA2FB6C9>.

⁴⁴ See below para. 5.2.

⁴⁵ See below para. 5.2. See also Michael N. Schmitt, above n. 37.

⁴⁶ Amplus, see A. DEEKS, 'Defend Forward and Cyber Countermeasures', in Jack Goldsmith (ed.), *The United States' Defend Forward Cyber Strategy: A Comprehensive Legal Assessment* (New York, 2022), ch. 8.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ See H. LAHMANN, *Unilateral Remedies to Cyber Operations: Self-Defence, Countermeasures, Necessity, and the Question of Attribution* (Cambridge: CUP, 2020), pp. 113 to 200.

Thus, the overall conclusion from above is that a new international legal framework against election interference by cyber means is indeed much needed and useful.

III. The case for a ‘soft law’ framework

Soft law is a form of non-binding normative framework that combines existing standards from other sources into a single document.⁴⁹ Soft law guidelines can be compiled, for instance, by involving experts or by facilitating an intergovernmental agreement on how to interpret and apply existing legal norms to a specific area.⁵⁰ The value of soft law is that it may provide clear guidance in specific areas without the need to negotiate new binding norms.⁵¹

The development of a soft law framework has been used in the past to fill gaps in the field of international monitoring of elections.⁵² In particular, it has long been recognised that there were gaps in the supervision of elections, which eventually led to the negotiation and drafting of a set of principles for international election observation between 2001 and 2005 - the so-called ‘Declaration of Principles for International Election Observation’ and the accompanying ‘Code of Conduct for International Election Observers’.

During this time, the National Democratic Institute (NDI), with the technical and legal support of the United Nations Electoral Assistance Division (UNEAD) and with the political support of a small number of States, worked to identify existing normative gaps in the international monitoring of national elections.⁵³ Having identified the gaps, they drew on existing international law and human rights law provisions to draft a set of guiding principles that were subsequently adopted by States, intergovernmental and international nongovernmental organisations as a non-binding framework for interpreting and applying their duties in the field of election matters and electoral processes. These principles have subsequently proved relatively effective in bridging monitoring gaps and responding to states’ demands for clear guidelines and a clear institutional division of responsibility for the international supervision of electoral processes.

In many ways, the situation of cyber election security is analogous. The international community has reached a point where there is a widespread consensus that international protection of elections is no longer just about electoral rights and freedoms. There is increasing recognition that there is a significant gap, both at the normative and especially at the operational level, in relation to election cyber security and election

⁴⁹ See e.g. A. T. GUZMAN, ‘The Design of International Agreements’ (2005) 16 *European Journal of International Law*, p. 579 ff; D. P. FORSYTHE, *Human Rights in International Relations* (Cambridge: CUP, 2000), p. 12 ff; C. M. CHINKIN, ‘The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law’ (1989) 38 *The International and Comparative Law Quarterly*, p. 850 ff; R.R. BAXTER, ‘International Law in her Infinite Variety’ (1980) 29 *The International and Comparative Law Quarterly*, p. 549 ff.

⁵⁰ See also M. VON ENGELHARDT, ‘Opportunities and Challenges of a Soft Law track to Economic and Social Rights - The Case of the Voluntary Guidelines on the Right to Food’ (2009) 42 *Law and Politics in Africa, Asia and Latin America*, p. 502 ff.

⁵¹ See e.g. F. TRONCHETTI, ‘A Soft Law Approach to Prevent the Weaponisation of Outer Space’ in Irmgard Marboe (ed), *Soft Law in Outer Space: The Function of Non-binding Norms in International Space Law* (Publisher 2012), p. 365 ff; R. TYSON, *Advancing a Cooperative Security Regime in Outer Space* (Global Security. Institute: Policy Brief, May 2007).

⁵² Exemplary in this sense is the Declaration of Principles for International Election Observation. For the text of the declaration, see the website at: <https://www.osce.org/odihr/elections/215556>.

⁵³ See J. MISK, ‘Standardizing the Principles of International Election Observation’ (2021) 43 *Vanderbilt Law Review*, p. 763 ff.

hacking.⁵⁴ However, as in the case of international election monitoring, the most relevant international legal norms already exist; they mainly require consolidation and application, and a clear division of operational responsibility between international institutions involved in cyber-security. As with the development of the election monitoring guidelines, a soft law framework to monitor and protect against cyber-attacks to election systems would have two main characteristics: it would be non-binding and it would clarify the interpretation and application of existing duties to the protection of election systems and electoral rights and freedoms against cyber threats and attacks.

A. *Non-binding*

The current historical moment does not present a favourable political climate for the development of new standards.⁵⁵ Few powerful states are disposed to negotiate binding, multilateral norms within a UN framework, and in the context of state concerns about cyber security, this reluctance is even greater when it comes to binding agreements focusing specifically on election cyber security. In the area of cyber security, states are reluctant to develop binding standards.⁵⁶ The lack of a universal convention on cyberspace is, more than anything else, emblematic in this respect.⁵⁷

However, in the case of protecting election systems against cyber-attacks and cyber-interferences, there is no need to develop new norms through multilateral agreements. The norms within international law and human rights law exist. Nevertheless, as in the case of international election monitoring, non-binding guidance on the interpretation and application of these standards is indispensable. The guidance would help states, but also international intergovernmental institutions and NGOs, by providing an authoritative and agreed interpretation of existing standards while identifying normative or operational gaps. Over time, the guidelines may become hard law, with states encompassing them into national law. But this would only be done at states' own discretion, as the guidelines themselves would have nothing binding in them. This non-binding nature would mean that states would have guidelines on how to guarantee cyber election security and that they would not be required to implement the norms and would retain the freedom to conform or not to the interpretation of the guidelines, although of course they would still be bound by the underlying hard-law conventions and rules that were consolidated.

B. *Clarification of existing legal and normative duties*

Although there are international legal norms to protect against cyber-attacks, recent events have proven the existence of uncertainties and gaps in their interpretation and application, and so the need for their fuller operationalisation in the context of cyber

⁵⁴ See M. N. SCHMITT, above n. 16, p. 30 ff.

⁵⁵ See O. VODIANNIKOV, 'The crisis of trust in contemporary multilateralism: International order in times of perplexity', in L. GRUSZCZYNSKI, M. MENKES, V. BILKOVA, P. FARAH (eds.), *The Crisis of Multilateral Legal Order: Causes, Dynamics and Implications* (London: Routledge, 2022), ch. 2.

⁵⁶ See M. HOLDE, 'Cyberspace in a State of Flux: Regulating cyberspace through International Law' (2022) 9 *Groningen Journal of International Law*, p. 267 ff. See also K. KITTICHAISAREE, *Public International Law of Cyberspace* (Amsterdam: Springer International Publishing, 2017), p. 3 ff.

⁵⁷ There are however two regional conventions, i.e., the Budapest Convention on Cybercrime and the not-yet-in-force African Union Convention on Cyber Security and Personal Data Protection. Both texts are available respectively at: <https://www.coe.int/en/web/cybercrime/the-budapest-convention> and: <https://au.int/en/treaties/african-union-convention-cyber-security-and-personal-data-protection>.

security elections. Agreeing on a binding legal interpretation of existing international legal rules and standards in the context of empirical analysis would help to clarify the scope and application of existing rules and standards. Although international legal obligations are relevant to the cyber security of elections, they have been irregularly observed and acknowledged.

Although there is a growing consciousness of the complementarity between international law (including human rights law)⁵⁸ and cyber security, no clear and comprehensive connection has been established yet between international law and cyber election security. Consequently, a gap remains in the interpretation of how existing international legal norms apply in the context of cyber election meddling. In addition to input from states, developing a common understanding of the application of international law to cyber election interference operations would require the input of actors, such as international intergovernmental institutions, which have experience in operationalising rights-based approaches to global threats and security issues, as well as actors with complementary operational experience in the field of cyber security and cyber-attacks, such as the Internet Governance Forum (IGF) and the European Network Information Security Agency (ENISA).⁵⁹

The context of clarifying the application of existing norms to cyber election interference operations could open new opportunities for States to develop a range of efficient and equitable practices to inhibit foreign election interference through cyber means, while ensuring that they are consistent with international legal standards and the needs of the electorate. For instance, the inter-state debates on the development of the guidelines might consider new types of cyber threats relevant to election systems. Similarly, the context of inter-state dialogue might facilitate the exploration of new answers to new threats to cyber security in election programs. This would ensure that, rather than prescribing a 'blank cheque' protection duty on states, the guidelines would empower states to meet their existing international legal duties in the most equitable and efficient manner possible.

These types of 'soft law' frameworks might be elaborated for the protection of electoral systems against any type of cyber threats, be it malware, phishing or ransomware. Or, more realistically, they might be developed for specific cyber threats and attacks, dividing the broad area of cyber election security into manageable and meaningful areas within which focused and clear sets of principles might be developed. It is likely that this would make more sense, given the various typologies of actors and technologies involved in cyber threats and attacks to electoral systems. It would also allow each scope of protection to be implemented by different groups of collaborating partners, depending on the type of collaboration relevant to the topic.

IV. The case for a collaborative approach

In addition to developing an authoritative interpretation of the application of existing international legal rules and standards in the field of cyber election security, there is also a need to determine who is responsible for providing protection. Indeed, at the level of

⁵⁸ Amplius, see H. MC DERMOTT, 'Application of the International Human Rights Law Framework in Cyber Space', in D. AKANDE and others (eds), *Human Rights and 21st Century Challenges: Poverty, Conflict, and the Environment* (Oxford, 2020), ch. 8.

⁵⁹ For a list of international organisations and institutions that address international cybersecurity see the website at: <https://www.itic.org/dotAsset/c/c/c91d83a-e8a9-40ac-8d75-0f544ba41a71.pdf>.

international institutions, there remains an operational gap with respect to the protection of election systems and infrastructures against cyber threats and attacks. In particular, which international institutions should have responsibility, at a field level, for safeguarding electoral systems and infrastructures from cyber threats and attacks? Here, the precedent of the Declaration of Principles for International Election Observation is again instructive. Alongside the Declaration of Principles and its related Code of conduct for International Election Observers, the process of norm-development in the field of international election observation during the 2000s has also led to the establishment of a now complex inter-organisational cooperation network for the practical implementation of the Declaration's principles.⁶⁰ There is a need for a similarly clear operational allocation of responsibilities in relation to the cyber protection of elections. The number of existing international intergovernmental organisations and NGOs with relevant experience in the field shows that a formal collaborative approach is a concrete possibility for the future.⁶¹

A. *The Internet Governance Forum (IGF)*

The IGF currently has a mandate focused on providing a platform for governmental and non-governmental stakeholders for discussing public policy issues pertaining to the Internet on an equal footing.⁶² However, it does not presently have the means, legal capacity or mandate to become a protection organisation in the field of online security.

However, it has experience which is of great significance in addressing risks and challenges that arise from the use of the Internet and which may be used to develop a soft law framework. In particular, the IGF has developed a series of Best Practices on cyber security. In the context of the protection against cyber threats, it therefore has a wealth of experience in how to operationalise international legal standards and rules to protect against cyber interferences and other related threats. The IGF would not have to change its institutional mandate and assume overall operational responsibility for protecting elections and electors against cyber threats and attacks. Still, it could play two important roles. First, together with other international agencies, it could play a supportive role in negotiating the soft law framework to protect elections against cyber meddling. The IGF might be available for advice and information sharing with other international organisations that would take direct operational responsibility for the cyber protection of election systems.

B. *The European Union Agency for Cybersecurity (ENISA)*

ENISA has important experience and expertise relevant to cyber security. It has experience in enhancing the trustworthiness of ICT products, services and processes with cyber security certification schemes.⁶³ It has also been involved in a number of specific projects that have provided operational services related to a variety of protection functions, including support to the implementation of the EU's 5G Cyber

⁶⁰ This inter-organisation cooperation has grown to encompass a wide range of international intergovernmental institutions from all over the world such as the African Union, the Venice Commission of the Council of Europe and ASEAN. See also the information at: <https://aceproject.org/electoral-advice/dop/partners>.

⁶¹ A list of these organisations is available at <https://www.itic.org/dotAsset/c/c/cc91d83a-c8a9-40ac-8d75-0f544ba41a71.pdf>.

⁶² The mandate, initially for five years (between 2006 and 2011), was subsequently extended by five years, up to 31 December 2016, and then extended for a further five years.

⁶³ More information on these activities is available at: <https://www.enisa.europa.eu/>.

security Toolbox.⁶⁴ ENISA would therefore play an important operational role alongside the IGF. While the operational focus of the IGF could mainly be on the shape of policy decisions related to the Internet and technologies throughout the world, ENISA could offer a variety of services to EU member states to ensure that a high common level of cyber security across the Union is achieved in cooperation with the international community. These functions are amongst the range of competences that ENISA already has. However, it is important that ENISA's work is complemented by other organisations for two reasons: firstly, ENISA exclusively focuses on EU member states. Secondly, given that the IGF is an exclusively operational organisation and has no normative power or agenda, it is important to complement its work through the involvement of normative, rights-based international institutions, possibly within a UN framework.

C. *The OECD*

The Organisation of Economic Cooperation and Development (OECD) has become increasingly involved in promoting cyber security strategies and defence from malware and botnets. The OECD has, for instance, been involved in drafting the *Guidelines for Security of Information Systems and Networks*. Adopted in 2002, these guidelines establish a framework of principles applicable to all stakeholders to enhance the security of information systems and networks to promote economic prosperity and social development.⁶⁵ In 2019, the OECD adopted the *Recommendation of the Council on the Protection of Critical Information Infrastructure*.⁶⁶ One challenge for the OECD will be to see how it and the national societies will interpret and operationalise the Resolution. Nevertheless, the OECD could be a strong candidate to become a leading operational agency with respect to the protection of systems, including election systems and infrastructure, from cyber-attacks and other types of data breaches.

D. *Non-Governmental Organisations*

A number of non-governmental organisations (NGOs) have been instrumental in protecting electoral systems and infrastructures at both operational and advocacy levels.⁶⁷ In many situations, NGOs are the first organisations to be involved in the cyber security protection of electoral systems and rights. In different geographic contexts, different NGOs have specific operational expertise that may be used in drafting a future international soft law instrument on cyber election security. The ICANN Security and Stability Working Group has been involved in a number of national projects aimed at supporting and reinforcing the contributors of information technology to the development process.⁶⁸ The Cooperative Cyber Defense and Center of Excellence (CCDCOE) has been particularly active in the NATO territories and the United States Technology Training Institute (USTTI) Program, for example, has played a prominent

⁶⁴ ENISA, 'ENISA SINGLE PROGRAMMING DOCUMENT' 2022–2024 Including multiannual planning, 2022 work programme and multiannual staff planning', available at: <https://www.enisa.europa.eu/publications/corporate-documents/enisa-single-programming-document-2022-2024>.

⁶⁵ In 2013, the OECD's Digital Economy Policy Committee (CDEP) agreed to revise these guidelines.

⁶⁶ The text of the Recommendation is available at: <https://legalinstruments.oecd.org/public/doc/121/121.en.pdf>.

⁶⁷ See J. EGGENSCHWILER, J. KULESZA, 'Non-State Actors as Shapers of Customary Standards of Responsible Behaviour in Cyberspace', in D. BROEDERS and B. VAN DEN BERG (eds), above n. 41, ch. 12.

⁶⁸ More information is available at: <https://www.icann.org/resources/pages/security-stability-2013-06-14-en>.

role in the U.S. territories.⁶⁹ Meanwhile, the G8's 24/7 cybercrime network has offered significant leadership and coordination amongst Latin American NGOs at the policy level.

V. The facilitation process

As with the process that led to the drafting of the Declaration of Principles for International Election Observation, the facilitation process for the soft law framework would have two main objectives: a) to develop 'Guiding Principles on the Protection of Elections against cyber-attacks and threats', and b) to establish a clear division of international organisational responsibility for ensuring the protection of election systems and voting machines. The process for elaborating such a soft law framework would involve two main elements: 1) analysis, and 2) inter-state consultation. In the first instance, the process would necessitate significant input from expert advisors, especially on a legal level but also on a political level. This would be indispensable to analyse existing normative gaps, and to explore mechanisms for applying and enforcing norms. In the case of the development of the Declaration of Principles for International Election Observation, Professor Judith Kelley, amongst others, did significant legal and normative analysis that was made available to states and contributed to persuading them of the need for a new set of principles. This analysis was supported by the UN drafters of the Declaration. Second, the experience of the Declaration also sheds light on the need to work with States and to develop informal negotiations between States to build consensus on the core elements of the framework. In the case of election monitoring, the process of developing the Declaration was overseen by the then UN Secretary-General Kofi Annan, supported by a large coalition of sympathetic states and international institutions, namely the National Democratic Institute (NDI) and the Center for Electoral Promotion and Assistance (CAPEL).⁷⁰

A. Secretariat

A process to elaborate a set of guiding principles might be facilitated by any combination of the OECD, ENISA and the IGF, for instance. Nevertheless, it would be more focused if one of these international institutions were to take the lead on facilitation. Although the IGF could not necessarily aim at becoming significantly operationally involved in the protection of electoral systems, it could nevertheless exercise an important facilitative role.

The main convening institution might then convene a small secretariat to work on the elaboration of the Principles, which might comprise staff from the agencies with relevant experience, as well as others on secondment from other institutions, academia or governments. This secretariat might oversee the development of the principles, work to gradually build inter-state consensus on the need for and value of the Principles and chair inter-state meetings. More specifically, it could also convene a Working Group of interested parties to draft the Guiding Principles and the basis of the collaborative approach.

⁶⁹ See CCDCOE, 'The NATO Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence is a multinational and interdisciplinary cyber defence hub', available at: <https://ccdcoe.org/>.

⁷⁰ The Declaration is currently endorsed by 55 organisations. Amplus, see M. BADER, 'Disinformation in Elections' (2018) *Security and Human Rights*, available at: https://brill.com/view/journals/shrs/29/1-4/article-p24_24.xml

This Working Group might comprise ASEAN, the African Union (AU), OECD, the Inter-American Cooperation Portal on Cyber-Crime, and ENISA and other interested NGOs, for instance. It would allow the secretariat to keep interested states and parties up to date with the secretariat's progress and would allow the progressive development of consensus around the Guiding Principles. Once the draft of the Principles was prepared, it might be affirmed by states acknowledging that they accept the Principles as a non-binding framework on the interpretation and application of international law to cyber election operations. It would allow the Secretariat to keep interested parties and states up to date with the Secretariat's progress and would allow the progressive development of consensus around the Principles. Once the draft of the Principles was prepared, it might be affirmed by states acknowledging that they accept the Principles as a non-binding framework on the interpretation and application of international law to cyber election operations.

B. *Issues to be considered*

In the process of elaborating the soft law framework, a wide range of issues would need to be carefully examined by the Secretariat and the working group. Some of the key issues that would need to be carefully analysed would include, but not be limited to, the following:

1. When does financing foreign elections become an unlawful interference according to international law?

One of the greatest challenges of developing a soft law framework would be to establish a threshold at which the financing of election activities in another State constitutes interference.

Surprisingly, it may seem, international law does not currently impose a monetary threshold at which the financing of foreign election activities constitutes interference. And this is even though, as a practical matter, foreign financing may determine the outcome of a political election.

Professor Michael Schmitt elucidates this point well when he notes

that the intrusion of Russian hackers into U.S. local electoral boards, in 2016, could not be qualified as interference since there were no follow-up activities that exploited the access to influence the elections.⁷¹ In other words, though Russian operations encouraged protests and rallies, these actions did not legally qualify as interference because, as long as they were peaceful, they were a staple of many democratic elections.⁷²

2. When does hacking into email servers constitute a prohibited interference in international law?

Another key consideration of the process would be to indicate when the hacking into servers containing email traffic constitute an international unlawful interference. In fact, the mere fact that the electoral systems were penetrated cannot be seen as sufficient to

⁷¹ See M. SCHMITT, above n. 38.

⁷² See M. SCHMITT, above n. 38.

qualify the hacking as interference with the election any more than espionage involving government systems.⁷³

There are, however, cases when hacking into servers involves exfiltration of confidential materials and data and its “weaponisation” through release at critical points in the election.⁷⁴ And these are precisely the main reasons why hacking into servers constitutes a prohibited interference in internal affairs of another State should be considered and indicated by the drafters of the future soft law framework.

3. What is the causal nexus that coercion requires?

A further contribution of the process would be to establish whether coercion requires a direct causal nexus between the act in question and the coercive effect, as in the case of changing election results. Although a positive answer to this question has been given by some Tallinn Manual 2.0 experts, it has been contested by others, including Michael Schmitt, who claimed the sufficiency of an indirect causal nexus.⁷⁵

This divergence in views has the potential to cause important differences in practice as indirectly confirmed by the Russian electoral meddling of 2016, where the activities were all indirect in the sense that, while they may have affected the voters’ choice of candidates, or even their decision to vote at all, they did not in themselves change the result. Because indirect causation moves the activity away from intervention, to survive as intervention it is critical to highlight the centrality of the covert nature of electoral interference operations and the extent to which they distort the accepted electoral dynamic.⁷⁶

Serious consideration would therefore need to be given to the definition of the causal nexus between the act and the coercive effect. Irrespective of these concerns, it seems practically desirable that the broader area of coercion should be addressed through a series of different sets of guiding principles.

4. What division of international responsibility?

A key contribution of the process would also be to ensure a clear division of international institutional responsibility for the cyber protection of electoral systems. As has been noted, international intergovernmental institutions like the OECD, ASEAN, the AU, and the Council of Europe may all have different types of contributions to make.⁷⁷ Similarly, international non-governmental institutions focused on cyber security and threats – such as the IGF, the Inter-American Cooperation Portal on Cyber-Crime and ENISA – might also be involved in taking on aspects of the normative or operational implementation of the future soft law framework. As with the development of the Declaration of Principles for International Election Observation, nevertheless, the specific division of responsibility should be kept separate from deliberations on the soft law framework and would probably come after that. Such a division of responsibility could follow the collaborative approach adopted in order to

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ See M. SCHMITT, above n. 38, also recalling that: “An assertion that the exfiltration and subsequent release were materially more aggravated than mere propaganda or disinformation, such that the operations qualified as interference, is at least somewhat supportable”.

⁷⁵ See M. SCHMITT, above n. 38.

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ See above section 5.

divide international responsibility for the protection of electoral systems and voting rights against cyber-infiltration and attack.

VI. Concluding Remarks

The analysis above has shown that there is no need to develop new binding norms for the international protection of electoral systems and voting rights. The broad international instruments already exist in public international and human rights law. Nevertheless, two problems persist. Firstly, on a normative and legal level, there is an absence of interpretation and application of these norms to the protection of electoral systems and voting rights against destructive attacks by cyber means. Secondly, on an operational level, there is no clear guidance on how to implement those norms efficiently, or on the appropriate division of responsibility between international institutions.

Entre renouveau et fragilité de la liberté de conscience.
Libres propos sur l'ouvrage de Dominique Avon, *La liberté de conscience.*
***Histoire d'une notion et d'un droit*, PUR, 2020, pp. 1171**

Mustapha Afroukh,

Maître de conférences HDR en droit public à l'Université de Montpellier (UR_UM205/CRDH)

« Vertigineux »¹, très dense et novateur, tels sont les adjectifs qui s'imposent à la lecture de l'essai de Dominique Avon, historien, Directeur d'études à l'EPHE. Le livre volumineux de 1171 pages, bien tassées, donne tort à Jean de la Fontaine (« les longs ouvrages me font peur »), car il se lit, véritablement, comme un roman. Le style est élégant et fluide. La bibliographie est impressionnante. On pourra regretter cependant la présentation formelle de l'ouvrage. Le caractère et l'interligne simple retenus par l'éditeur ont dû malheureusement dissuader beaucoup de lecteurs intéressés. L'épaisseur historique de la liberté de conscience méritait sans doute davantage d'aération du texte, qui est ici condensé à l'excès. De même, un index thématique aurait été très utile pour le lecteur.

Pour le reste, c'est bien un travail exceptionnel que nous livre l'auteur sur les racines profondes du centre de gravité de la liberté de religion, la liberté de conscience, une liberté fondamentale dont on sait finalement peu de choses si ce n'est qu'elle a été proclamée par les premières grandes déclarations de droits et qu'elle occupe aujourd'hui une place de choix dans les corpus conventionnel (art. 9 CEDH) et constitutionnel de protection des droits et libertés (art. 10 DDHC). Le Professeur Louis Dubouis n'a-t-il pas écrit que cette liberté se situe au sommet de la hiérarchie des droits². À la faveur d'une approche contextualisée de la liberté de conscience, l'ouvrage de Dominique Avon permet de prendre la mesure de la complexité de son processus d'affirmation et de la fragilité de sa protection. L'exemple dramatique des chrétiens d'Irak pourchassés par l'armée de Daesh ou le système de l'apostasie qui prévaut encore dans certains États (Iran ; Pakistan) sont topiques à cet égard³. La volonté de destruction de la liberté de conscience procède bien souvent de discours religieux. Surtout, le voyage à travers le temps et l'espace de Dominique Avon est l'occasion de réaffirmer le lien indissoluble entre la liberté de conscience et l'affirmation du caractère irréductible de la personne humaine. Son affirmation n'est possible qu'à partir du XVIII^e siècle, au moment où l'individu est considéré comme un « sujet-pensant » (p. 17), autonome, capable de penser par lui-même, par sa raison pour paraphraser Spinoza⁴. Selon Michel Villey, « la liberté de conscience est intérieure, attribut de l'homme, auquel personne ne peut l'arracher »⁵. Du point de vue de la théorie générale des droits et libertés, ce destin parallèle est riche d'enseignements et révèle une fois de plus la nécessité d'enseigner

¹ Préface de Y. BEN ACHOUR, p. 11.

² Préface de L. DUBOIS, G. GONZALEZ, *La Convention européenne des droits de l'homme et la liberté de religion*, Economica, 1997, p. 2.

³ La Cour européenne a déjà eu à connaître d'affaires dans lesquelles un étranger invoque un risque de peine de mort pour apostasie en cas de retour dans son pays d'origine (voy. notre étude, « La liberté de religion dans le contentieux européen de l'éloignement des étrangers : entre réalisme et exigence d'effectivité », *Revue du droit des religions*, 2017, pp. 111-124).

⁴ La liberté de conscience occupe une place essentielle dans la pensée de SPINOZA (voy. les développements qui y sont consacrés, p. 452 et s.). Sur cette question, on se reportera au bel essai de M. LEVINET, *Réfléchir sur les droits et libertés*, Anthemis, 2021, pp. 208-215.

⁵ M. VILLEY, *Le droit et les droits de l'homme*, PUF, 1983, p. 150.

l'histoire des libertés. L'affirmation juridique d'une liberté est indissociable de son processus d'émancipation historique.

Particulièrement remarquable est l'introduction, Dominique Avon y explique la démarche retenue : « *la discipline adoptée en vue de conduire (la recherche), celle qui sert de support à toutes les autres considérées par défaut comme des auxiliaires, est l'histoire* » (p. 20). On relèvera la modestie de l'auteur qui n'a pas hésité à examiner certaines questions de droit avec rigueur et finesse. C'est ce dont témoigne par exemple la partie I sur les débats ayant entouré l'adoption de l'article 18 de la Déclaration universelle des droits de l'homme (pp. 29-58) ou bien encore les références très précises à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (pp. 1022-1032). C'est dire que l'approche historique n'empêche pas l'auteur de faire des incursions dans d'autres disciplines.

Dominique Avon a choisi de partir des textes, traces en relation avec la liberté de conscience et non l'inverse (p. 22). Il s'agit là d'une conviction forte de l'auteur, exprimée à plusieurs reprises : « le choix qui a été posé est celui de la démarche inductive en partant des faits et des écrits, des actes et des « dits » dans une perspective comparatiste qui n'a pas d'équivalent » (p. 179).

Après une première partie consacrée aux débats sur l'article 18 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, l'auteur retient une démarche chronologique de l'histoire de la liberté de conscience (II : Soumission, pluralité, Libertas ; III Émergence de la liberté individuelle ; IV : Conscience des lumières ; V Luttres pour l'imprescriptibilité de la liberté de conscience ; VI : Une conscience en doute : sa liberté en question).

La première partie qui porte sur l'article 18 de la Déclaration universelle des droits de l'homme occupe une place importante dans la réflexion de Dominique Avon. Il s'agit d'un « observatoire privilégié pour saisir deux éléments clefs : l'acceptation, dans des circonstances précises, d'un ensemble de principes communs en dépit de la variété des représentations de l'humain et du monde qui séparent les partenaires ; la victoire temporaire des forces philosophiques et politiquement libérales sur des conceptions politiques autoritaires ou totalitaires et sur des conceptions religieuses intégrales selon lesquelles l'autorité religieuse devrait avoir le dernier mot en cas de conflit » (p. 23). On sait que ce texte a été adopté par 48 États dont l'Afghanistan, l'Égypte, l'Irak, l'Iran, le Liban, le Pakistan, la Syrie... Mais parmi les États abstentionnistes se trouvait l'Arabie saoudite pour un désaccord connu sur la portée de la liberté de conscience et religion. Bien plus, l'examen des travaux préparatoires montre que certains de ces États ont pointé du doigt l'incompatibilité entre la conception laïque des droits de l'homme et leur système de valeurs, qu'il s'agisse du refus de prendre en compte les considérations religieuses dans la proclamation du droit au mariage (droits des femmes) ou de la consécration de la liberté de changer de religion (art. 18 sur proposition de Charles Malik représentant du Liban) jugée contraire à la Charia. Dominique Avon montre à quel point les discussions sur la portée de la liberté de conscience furent houleuses : la protection de la liberté de changer de religion n'allait pas de soi pour les représentants de plusieurs États. Les efforts déployés par Charles Malik, représentant du Liban, pour que le principe de liberté de conscience, comme liberté individuelle, soit inscrit dans la Déclaration universelle des droits de l'homme et surtout pour que le droit de changer de religion soit expressément mentionné à l'article 18, retiennent particulièrement l'attention (p. 49). L'article 18 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ne reprendra pas la même formulation. Cependant, dans son observation générale n°22

sur l'article 18 du Pacte, le Comité des droits de l'homme des Nations Unies a souligné, en des termes très clairs, que « la liberté "d'avoir ou d'adopter" une religion ou une conviction implique nécessairement la liberté de choisir une religion ou une conviction, y compris, notamment, le droit de substituer à sa religion ou sa conviction actuelle une autre religion ou conviction ou d'adopter une position athée, ainsi que le droit de conserver sa religion ou sa conviction. Le paragraphe 2 de l'article 18 interdit la contrainte pouvant porter atteinte au droit d'avoir ou d'adopter une religion ou une conviction, y compris le recours ou la menace de recours à la force physique ou à des sanctions pénales pour obliger des croyants ou des non-croyants à adhérer à des convictions et à des congrégations religieuses, à abjurer leur conviction ou leur religion ou à se convertir »⁶. Dans la première partie, l'auteur évoque la naissance au même moment de systèmes régionaux de protection des droits de l'homme dont les catalogues de droits protègent la liberté de conscience, avec une place importante réservée au système conventionnel européen. Les développements consacrés au système interaméricain sont plutôt sommaires (p. 57). Même si le développement du système africain de protection des droits de l'homme est plus tardif (1981), il paraissait intéressant de montrer comment la liberté de conscience s'inscrit dans le contexte de la conception holiste des droits en Afrique. Aussi, l'hypothèse proposée par l'auteur est celle d'un principe libéral éminemment fragile dans la mesure où l'on va assister dans certaines régions du monde à une mise sous tutelle de cette liberté. Dominique Avon évoque notamment les cas de la Chine maoïste (pp. 81-86) ou bien encore les difficultés rencontrées par le monde arabo-musulman pour détacher le religieux du politique (pp. 102 à 110). Le propos est toujours nuancé et neutre ; l'auteur montre les processus singuliers à l'œuvre dans certains États comme le Liban ou la Tunisie. La première partie est très révélatrice de cette utilisation de la connaissance historique en vue de décrypter les tensions qui ne cessent de parcourir la liberté de conscience, l'auteur montrant notamment que toutes les grandes religions monothéistes sont traversées par des débats entre les partisans d'un libéralisme absolu en phase avec le mouvement de sécularisation et les tenants d'une approche collective et identitaire de la liberté de conscience (p. 156 et s.). Aussi, par exemple, le ralliement de l'Église catholique aux droits de l'homme et, donc, à la liberté de conscience, a longtemps été ambivalent, alors qu'elle est considérée aujourd'hui comme le premier des droits de l'homme. Il suffit de citer la Déclaration "*Dignitatis Humanae*" du Concile œcuménique Vatican II qui place la liberté de conscience sous le signe de la tolérance.

Dans les deuxième partie et troisième partie de l'ouvrage, l'auteur examine les origines de la liberté de conscience comme liberté individuelle, avant l'ère chrétienne jusqu'en 1945. Dès le XVIII^{ème} siècle avant notre ère, apparaît dans certaines cités-États (Sidon ou Tyr) un contexte favorable à l'expression de la volonté individuelle. Les sujets avaient la possibilité d'adopter les divinités de leur choix sans interférence des autorités (p. 179). Mais, comme le montre Dominique Avon, cette séquence est précaire. Très rapidement, le développement d'une verticalisation des rapports humains va réduire la liberté de conscience à la portion congrue (époque babylonienne ; Egypte pharaonique...). L'union politique se fait au détriment de la liberté individuelle. Ainsi, « dans l'Empire romain, Dèce ordonna à tous les citoyens de participer à un sacrifice général aux Dieux afin de renforcer l'unité romaine autour des Dieux protecteurs, un certificat de ralliement au culte public étant nécessaire pour prouver l'accomplissement

⁶ U.N. Doc. HRI\GEN\1\Rev.1 (1994).

de l'acte » (p. 253). La liberté de conscience est regardée avec méfiance, comme une menace pour le bon fonctionnement de la société. L'approche holiste l'emporte sur l'individualisme. Et ce n'est finalement qu'au XVI^e siècle que la liberté de conscience va s'émanciper de cette logique de verticalisation. Le contexte européen est en effet celui de l'humanisme de la renaissance, période au cours de laquelle « les chrétiens latins découvrirent une humanité païenne dont ils ne soupçonnaient pas l'existence » (p. 397). La capacité d'analyse de l'auteur se déploie magnifiquement dans le traitement de la pensée de Pic de la Mirandole (p. 400), l'examen de la controverse entre Érasme et Luther sur le libre arbitre (p. 407) ou bien encore la présentation de l'opposition entre Calvin et Castellion (pp. 418 et s.). L'inquisition n'empêche pas la diffusion des idées humanistes. Des auteurs, plus connus par les juristes, sont convoqués : Grotius joue un rôle central dans cette transition en pensant un droit naturel détaché du droit divin (p. 440) ; Descartes, dans sa réflexion sur le rapport de l'homme et de la nature, privilégie l'argument de la raison au détriment de celui des Scolastiques (pp. 442-446). La figure du sujet-pensant est un moment clé dans l'histoire de la liberté de conscience. Il est bien question ici d'une spécificité européenne dans la mesure où la logique de verticalisation restait très prégnante dans les autres parties du monde (p. 472 et s.). Pensée philosophiquement et politiquement, la liberté de conscience n'avait pas encore pénétré l'univers du droit.

La quatrième partie de l'ouvrage porte sur les XVIII^e et XIX^e siècles, qui marquèrent le passage de la notion vers le droit, c'est-à-dire comme moyen de « faire cesser un certain exercice d'une autorité religieuse ou politique sur le for intérieur d'une personne » (p. 553). Le rôle des juristes libéraux a été d'associer cette liberté à un être humain libre et autonome. L'auteur s'arrête ainsi sur la contribution des philosophes des lumières à l'affirmation de la subjectivité de l'individu. Dominique Avon insiste à cet égard sur le contexte dans lequel a été adoptée la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, placée sous les auspices de l'Être suprême (p. 613)⁷. L'article 10 de la Déclaration précise que « nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi ». La distinction entre for interne et for externe est soulignée et marquera à jamais le régime juridique de cette liberté. Seule la liberté de manifester sa religion peut faire l'objet de limitations. Le poids du légicentrisme dans la rédaction de la Déclaration est cependant passé sous silence, alors que la préoccupation des révolutionnaires était bien de confier au législateur, autorité la plus légitime, le soin de réglementer les libertés⁸.

Correspondant désormais à un droit caractéristique de l'État démocratique, la liberté de conscience n'en restait pas moins fragile comme l'illustre l'expérience du culte de l'Être suprême (voulu par Robespierre) ou bien le recours aux autorités religieuses pendant la colonisation. L'ouvrage regorge de mines d'or sur la manière dont le pouvoir politique a appréhendé la liberté de conscience. Ainsi, on y apprend que la liberté de conscience était au cœur de l'action politique du Consulat. Le juriste Jean-Marie Portalis affirmait en 1802 que « la liberté de conscience est le vœu de toutes nos lois [...] ». La liberté que nous avons conquise, et la philosophie qui nous éclaire, ne sauraient se concilier avec l'idée d'une religion dominante en France, et encore moins avec l'idée d'une religion exclusive ». L'approche comparative conduit l'auteur à s'intéresser à

⁷ Rappelons que la Déclaration d'indépendance américaine de 1776 confère aux droits de l'homme une origine divine.

⁸ A. VIALA, *Philosophie du droit*, Ellipses, 2010, p. 67.

l'évolution de cette liberté dans le contexte musulman : l'affiliation à la franc-maçonnerie de l'intelligentsia arabe favorise la diffusion des idées libérales. En 1884, apparaît pour la première fois, sous l'impulsion de Boutros Al-boustani, érudit maronite devenu protestant au contact de missionnaires, la liberté de conscience dans un dictionnaire arabe (*hurriya-al-damir*).

Dans la cinquième partie, l'auteur aborde une période tumultueuse pour la liberté de conscience, de la fin des années 1880 à la Seconde Guerre mondiale. Tumultueuse car si le droit a été affirmé, le processus d'émancipation n'est pas achevé. L'Église continue de défendre un discours ambivalent. Que l'on songe aux quatre encycliques de Léon XIII (1878-1903). La même ambivalence caractérisait l'accueil des discours libéraux en islam (voy. les développements consacrés au penseur perse Jamal Al-din Al-Afghani-Afghanî en témoignent). En France, c'est la loi du 9 décembre 1905 qui consacre pour la première fois la liberté de conscience dans un texte de loi. Son article 1^{er} précise que « la République assure la liberté de conscience. Elle garantit le libre exercice des cultes sous les seules restrictions édictées ci-après dans l'intérêt de l'ordre public »⁹. Dominique Avon rappelle que les débats sur la loi étaient très animés et que plusieurs parlementaires contestaient le principe de séparation de l'Église et de l'État. L'abbé Gayraud affirmait en ce sens l'existence au-dessus des lois du « droit de dieu » (p. 799).

Le XX^e siècle correspond à la période de consolidation de la liberté de conscience, surtout à l'échelle internationale. À la faveur d'un processus d'internationalisation des droits et libertés, le cadre de protection de la liberté de conscience s'enrichit. L'auteur y consacre de nombreux développements et passe en revue l'ensemble des textes internationaux et régionaux protégeant la liberté de conscience (p. 939 et s.). L'examen du corpus normatif arabo-musulman, marqué par une omniprésence du référent religieux, paraît peu en phase avec le discours universaliste. Ceci est particulièrement visible lorsque la Déclaration du Caire des droits de l'homme en Islam (5 août 1990) adoptée dans le cadre de l'OCI indique qu'elle se fonde sur les droits et les libertés de la Charia, considérée comme « l'unique référence pour l'explication ou l'interprétation de quelconque des articles » (art. 25). L'intitulé de la Déclaration islamique universelle des droits de l'homme de 1981 révèle en soi un paradoxe : un texte tourné vers la défense d'une identité religieuse peut-il être universel ? L'incompatibilité avec les textes internationaux est ici flagrante. En soulignant « la place prééminente qu'occupe l'Homme en Islam en tant que représentant de Dieu sur terre », le Communiqué final de la 11^{ème} session de la Conférence islamique au sommet de Dakar révèle également le caractère équivoque de la proclamation arabo-islamique. Le champ d'application de ces textes se définit à partir d'un critère d'appartenance religieuse, à savoir l'appartenance à la Ummah Islamique. C'est moins l'Homme qui est ici visé que le musulman. Qui plus est, au-delà des projets menés par les États arabes pour asseoir ce corpus normatif (en 1996, la ligue des États arabes adopte un projet de code pénal qui prévoit la peine de mort pour ceux qui abandonnent la religion musulmane), se développe une diplomatie tendant à faire valoir des intérêts propres à ces États. On se souvient aussi des demandes tendant à faire reconnaître le concept de « diffamation des religions » (p. 953). Il aurait été utile à ce stade de mettre l'accent sur poids de cette diplomatie confessionnelle des ONG, véritables acteurs des relations internationales.

⁹ Voy. sur ce point le bel essai de P. WEIL, *De la laïcité en France*, Grasset, 2021.

L'activisme de l'ECLJ au niveau onusien et européen en constitue une illustration significative.

L'auteur développe une analyse remarquable de la jurisprudence de la Cour EDH sur l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme (p. 1022 et s.) pour mettre en exergue la variété d'interprétations de la liberté de conscience et la prudence du juge européen. Le seul regret est qu'il n'a pas suffisamment mis en relation cette jurisprudence avec les positions d'autres instances de protection des droits de l'homme, comme par exemple le Comité des droits de l'homme des Nations-Unies d'autant que les solutions sont ici parfois divergentes¹⁰. C'est le cas pour la question de l'interdiction du voile intégral évoquée à la page 1033. Qui plus est, la Cour européenne ne rend pas des « *arrêtés* »¹¹ mais des décisions ou des arrêts. Sur certains points (question du blasphème, compatibilité de la Charia avec les valeurs conventionnelles), l'analyse aurait pu être élargie au Conseil de l'Europe. Récemment, l'Assemblée parlementaire a par exemple adopté un rapport intitulé « Compatibilité de la charia avec la Convention européenne des droits de l'homme: des États Parties à la Convention peuvent-ils être signataires de la « Déclaration du Caire » ? »¹², qui souligne la situation délicate de certains États européens, signataires de textes arabo-islamiques de protection des droits de l'homme.

Dans cette période de consolidation, Dominique Avon relève également le développement au XIXe siècle des thèses libérales parmi les auteurs catholiques (p. 1063). Le parallèle fait avec la montée en puissance du droit naturel dans les universités européennes est tout à fait intéressant, car « les prises de position pontificales s'appuyèrent en partie sur cette assise juridique, philosophique et théologique portée dans le réseau des universités ». L'auteur cite l'exemple de Michel Villey, dont la difficulté à concilier son jusnaturalisme et sa foi chrétienne est connue.

Derrière l'acquis juridique d'un droit protégé par l'ensemble des instruments de protection des droits de l'homme, se cache ainsi un processus complexe d'émancipation et des rapports de force permanents marqués tantôt par l'adhésion, tantôt par le rejet de la liberté de conscience. Les défis sont encore nombreux : la montée en puissance des régimes illibéraux ; le projet transhumaniste qui entend s'affirmer comme une idéologie au service du progrès et surtout, la persistance de l'intolérance dans certaines régions du monde où la liberté de conscience n'a pas droit de cité. C'est le grand apport de cet ouvrage que de mettre en évidence ce paradoxe assez étonnant d'une liberté sans cesse fragilisée mais résiliente.

Bref, le lecteur l'aura compris, ces quelques lignes sont bien insuffisantes pour résumer la richesse d'un essai devenu incontournable pour tous ceux qui souhaitent comprendre l'histoire de la liberté de conscience. Toutes les thèses sont examinées avec une posture de neutralité assumée. Le voyage ainsi décrit a de quoi donner le tournis puisqu'aucune religion (judaïsme, bouddhisme...), aucune partie du monde (Chine, Amérique...) n'a été écartée du projet scientifique. Sans en avoir conscience, l'auteur maîtrise toutes les subtilités de l'approche comparative. L'examen de la liberté de conscience dans une région du monde s'accompagne toujours d'un travail de contextualisation. En ce sens, le travail de Dominique Avon ne sera sans doute pas rapidement marqué par le temps

¹⁰ Y. BEN ACHOUR, *La question islamique devant le Comité des Droits de l'Homme des Nations Unies*, Pedone, 2022.

¹¹ Le terme est employé plusieurs fois.

¹² <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XMI.2HTML-FR.asp?fileid=25268&lang=FR>

tant il donne accès à la connaissance d'une histoire, certes complexe, mais indispensable à l'appréhension d'enjeux contemporains et à venir.

L'affaire Lafarge et les questions préalables en droit pénal international

Joaquim Gaye,

Docteurant à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Conflit de lois et droit pénal — pour reprendre l'expression d'É. Pataut — sont (en apparence) « aussi peu miscibles que l'eau et l'huile »¹, mais si cet état décrit d'ordinaire les relations entre les deux matières, des points de rencontre n'en demeurent pas moins possibles. L'un des arrêts rendus par la Chambre criminelle de la Cour de cassation le 07 septembre 2021 — portant le n°19-87.367 — en est le témoin.

Il est, question de la mise en examen de la société *Lafarge* pour plusieurs infractions. On reproche ainsi à la société d'avoir, entre 2012 et 2015, continué l'activité de la cimenterie qu'elle avait fait construire dans le nord de la Syrie et qu'elle exploitait par le biais de sa filiale syrienne (LCS) — contrôlée par elle à 98% —, alors même que le territoire était sous le joug d'organisations terroristes. Au-delà des faits de complicité de crimes contre l'humanité et de financement du terrorisme pour lesquels elle a été mise en examen, la société se voit reprocher le fait d'avoir, en ne cessant pas son activité, mis en danger la vie des employés de ladite cimenterie ; faits incriminés à l'article 223-1 du Code pénal, au titre de la mise en danger de la vie d'autrui.

Selon l'arrêt de la chambre de l'instruction de la Cour d'appel de Paris, « il [ressortait] des investigations que le personnel de l'usine exploitée par LCS [n'avait] pas reçu de formation adéquate en cas d'attaque et que, lors de la prise du site par les combattants de l'État islamique le 19 septembre 2014, leur évacuation [n'avait] été rendue possible que par l'utilisation de véhicules de fournisseurs, ceux mis à disposition par l'entreprise s'étant révélés insuffisants en nombre » ; que, par ailleurs, « le document unique de sécurité [n'apparaissait] pas avoir été mis à jour en fonction de l'évolution des opérations militaires sur la zone où se situait l'usine » ; et qu'au surplus, « si les salariés concernés [avaient] été employés *sous le couvert de contrat de droit syrien*, LCS [était] une filiale contrôlée indirectement par la société Lafarge » et que « les déclarations du [directeur général de la société LCS laissaient] penser que les décisions en matière de sécurité des salariés étaient prises au niveau de la maison mère ».

Laissant de côté les implications de l'existence d'un lien de subordination entre Lafarge et les salariés syriens, la chambre a ainsi considéré que les liens entretenus entre elle et sa filiale syrienne — une immixtion permanente conduisant à la perte d'autonomie —, ainsi que l'absence de réelles mesures garantissant la sécurité des salariés étaient suffisants pour rendre applicable la réglementation française du travail (en l'occurrence les articles L. 1221-1, 4141-1 à 4141-3 et R. 4121-1, R. 4121-2, R. 4141-13 du Code du travail), y déceler une obligation particulière de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement, dont la violation — à l'aune des faits — manifestement délibérée permettait, par voie de conséquences, de constater l'existence d'indices graves ou concordants rendant vraisemblables la mise en danger ; conditions nécessaires à la mise en examen.

La Cour de cassation casse l'arrêt sur ce point en employant — et c'est ce qui nous intéresse — un raisonnement conflictuel dans sa motivation. Elle reproche en effet à la chambre de l'instruction de *ne pas avoir recherché la loi applicable aux contrats de travail* ; loi

¹ E. PATAUT, « Territorialité et coordination en droit international privé. L'exemple de la sécurité sociale. », *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, L.G.D.J., 2015, p. 663 et s., p. 663.

de laquelle découle l'obligation particulière de prudence ou de sécurité, condition préalable à l'infraction et dont la *violation manifestement délibérée* en constitue l'élément moral.

La Chambre criminelle estime, en substance, que la chambre de l'instruction ne peut pas déduire l'applicabilité du droit du travail français des seules constatations susmentionnées (§54). En invoquant les articles 8 et 9 du règlement Rome I, elle estime au contraire que la chambre de l'instruction aurait dû *rechercher la loi applicable aux contrats de travail* (§55) et qu'il lui « incombait ensuite de déterminer celles de ces dispositions susceptibles de renfermer une obligation particulière de sécurité ou de prudence, au sens de l'article 223-1 du code pénal, ayant pu être méconnue » (§56).

Sans quoi, les indices graves ou concordants rendant vraisemblable la commission de l'infraction et permettant la mise en examen ne sauraient exister.

Relevant l'extranéité de la relation de travail, la Chambre criminelle estime qu'un raisonnement conflictuel (*la détermination de la loi applicable aux contrats de travail*) aurait dû être employé pour résoudre la question pénale principale (*la mise en examen*).

Cette solution et le raisonnement pour y parvenir ne sont pas nouveaux² et représentent, non pas la figure tutélaire du conflit de lois de droit pénal — dont l'existence n'est pas (encore) de mise —, mais celle du conflit de lois *en* droit pénal : la question ou la qualification préalable. Quelle doit, en effet, être l'attitude du droit pénal lorsque la constitution d'une infraction grevée d'un élément d'extranéité repose sur l'illicéité d'un acte ou d'un comportement, sur la propriété d'un bien ou sur l'existence d'une institution ?

Ces quelques considérants d'une décision qui, au demeurant, en compte quatre-vingt-deux, nous rappellent ainsi que des considérations de droit privé ont toute leur place en droit pénal international et sont parfois cruciales pour sa mise en œuvre.

Il s'agira pour s'en assurer d'évoquer la figure de la question préalable en droit pénal international (I), avant de proposer une critique conflictualiste pénaliste de l'arrêt du 07 septembre 2021 (II).

I. La question préalable en droit pénal international.

C'est à Paul Lagarde que l'on doit la meilleure synthèse de la problématique des lois civiles étrangères en droit pénal. Commentant un arrêt de la Chambre criminelle, en date du 20 octobre 1959, qui rejetait le pourvoi d'une personne condamnée pour émission de chèques sans provision, le professeur évoqua l'intérêt pratique d'interroger la loi civile applicable quant à la régularité du comportement objet d'une prévention en ces termes : « une personne poursuivie pour adultère peut-elle se défendre en invoquant sa loi civile nationale qui ne lui imposerait pas l'obligation de fidélité ? Un bigame peut-il faire valoir en France la régularité de son mariage aux yeux de sa loi nationale ? Un

² Cf., H. DONNEDIEU DE VABRES, *Les principes modernes du droit pénal international*, 1928, p. 194 et s. et la jurisprudence citée. Donnedieu de Vabres considérait que l'application de certaines lois pénales (sont ici visées les infractions du droit pénal des personnes et de la famille) dépendait « de la loi personnelle des parties » (p. 194). Ainsi, l'adultère — incriminé à l'époque — « tel que le [concevaient] les monogames, ne pouvait être reproché aux maris musulmans » (*Orléansville*, 09 août 1894 ; *Alger*, 27 juin 1921).

étranger poursuivi pour abandon de famille pourrait-il opposer que les obligations de famille sanctionnées par la loi pénale française n'existent pas dans sa loi nationale ? »³.

De cette cascade de questions, l'on comprend qu'à l'instar de celle en droit international privé, la question préalable en droit pénal international peut se définir comme la « situation dans laquelle la solution de la question de droit posée implique préalablement celle d'une autre »⁴. Dans le même ordre d'idées, Claude Lombois définissait ce qu'il appelait les « qualifications préalables » comme des « notions juridiques qui entr[ai]ent comme telles dans une autre définition de droit »⁵. Il s'agit « d'éléments » de droit pénal dont la définition requiert le concours de la loi civile désignée par une règle de conflit.

On abordera successivement la méthode applicable et son application en droit positif.

A. *La méthode applicable aux questions préalables.*

Proche de celle de droit international privé, la question préalable en droit pénal international s'en distingue par la méthode employée pour la résoudre. Tandis qu'en droit international privé, les débats se sont cristallisés autour de la question du choix entre l'application de la règle de conflit du for ou de celle de l'ordre juridique dont la loi a été désignée⁶, ceux-ci n'ont pas lieu d'être en droit pénal international, c'est ce qui ressort des arrêts et décisions rendus et de l'avis d'une majorité de la doctrine.

C'est en réalité autour de l'autonomie affirmée du droit pénal et du principe de territorialité que se sont cristallisés les débats en droit pénal international. On a ainsi défendu l'idée que le droit pénal constituant une branche du droit à part entière, il lui était loisible de « déterminer les conditions dans lesquelles ces sanctions sont prononcées et appliquées »⁷. Ce raisonnement doit être exclu pour deux raisons. D'une part, bien qu'il soit une branche du droit au même titre que le droit privé et le droit public, le droit pénal n'existe pas dans l'absolu et entretient des relations avec les autres branches ou matières. P. Lagarde le rappelle aussi brièvement que brillamment lorsqu'il conclut sa note en affirmant que l'autonomie du droit pénal « ne saurait commander ce paradoxe de tenir pour pénalement illicite un comportement licite au regard du droit privé »⁸.

Le principe de territorialité était quant à lui invoqué car l'on considérait que seules les lois pénales françaises devaient s'appliquer sur le territoire. Or, il n'est pas question d'appliquer une loi pénale, mais une loi civile (au sens large).

En tout état de cause, la Chambre criminelle a « clairement répondu que le juge pénal [devait] se référer aux mécanismes de droit international privé afin de régler une question d'ordre extra-pénal, pour parvenir à une décision sur la question pénale de

³ D., 1960, juris., p. 300 note P. LAGARDE ss Cass. crim. 20 octobre 1959.

⁴ ASSOCIATION HENRI CAPITANT, G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, sous la direction du doyen G. CORNU, 9e éd., P.U.F./Quadrige, 2011.

⁵ C. LOMBOIS, *Droit pénal international*, Dalloz, 2e éd., col. *Précis*, 1979, n°366, p. 411.

⁶ Cf. B. AUDIT et L. D'AVOUT, *Droit international privé*, L.G.D.J., 8e éd., 2018, n°331-332, p. 288-289 ; E. FOHRER-DEDEURWAERDER, *La prise en considération des normes étrangères*, thèse, Paris II, L.G.D.J., *Bibliothèque de droit privé*, t. 501, 2008, n°460 et s., p. 322 et s., spéc. n°464, p. 324 et n°475 à 484, p. 330 à 334.

⁷ G. STEFANI, G. LEVASSEUR et B. BOULOC, *Droit pénal général*, 17e éd., Dalloz, 2000, n°36, *in*, *Dr. pén.* 2002, chron. n°15 obs. C. CASTELLA et B. DE LAMY.

⁸ P. LAGARDE, note précit.

qualification juridique de l'infraction et du prononcé de la peine »⁹. On appliquera ainsi la règle de conflit française et les conceptions de l'ordre juridique français.

B. *Son application en droit positif.*

Une infraction grevée d'un élément d'extranéité — un de ses éléments ou de ses faits constitutifs¹⁰, en particulier de son élément matériel ou d'une condition préalable¹¹ — nécessite la résolution d'un conflit de lois civiles (au sens large). C'est ce qui ressort sans équivoque de la jurisprudence et ce depuis un siècle. Sont souvent concernées les infractions ayant trait à la famille. À titre anecdotique, l'adultère, quand il était encore incriminé, n'était pas réprimé si la loi personnelle de l'époux le permettait¹².

Plus courants ont été les cas de bigamie, incriminés à l'article 433-20 du Code pénal. La constitution de cette infraction nécessite la réalisation d'une condition préalable : *l'existence d'un second mariage*. Le juge répressif devra — dans le cas d'un mariage célébré à l'étranger — interroger la loi nationale du conjoint mis en cause et, le cas échéant, appliquer une loi étrangère¹³.

De manière générale, d'aucuns estiment qu'interroger la loi civile applicable est nécessaire lorsque « le comportement prévu et réprimé par la loi pénale porte atteinte à une situation de droit »¹⁴, contrairement aux situations de fait pour lesquelles seule l'application de la loi pénale française est possible.

C'est le cas de la destruction d'un bien appartenant à autrui, incriminée à l'article 322-1 du Code pénal, qui nécessite de déterminer la propriété du bien, étant entendu que la destruction d'un bien dont le mis en cause est propriétaire fait tomber l'infraction. Un arrêt de la Chambre criminelle, en date du 5 septembre 2001¹⁵, doit être noté. Il s'agissait de biens mobiliers situés au domicile commun d'époux marocains domiciliés en France. Au visa de l'article 322-1 et *des principes généraux du droit international privé*, la Chambre casse l'arrêt d'appel qui, pour relaxer le prévenu, a relevé qu'il était le seul propriétaire des biens *sans avoir recherché, en l'absence de choix, quelle était la loi applicable au régime matrimonial, en tenant spécialement compte de leur domicile commun ou, dans l'hypothèse où ils se seraient mariés après son entrée en vigueur, de leur première résidence habituelle au sens de la Convention de La Haye du 14 mars 1978*.

C'est le cas de l'infraction de mise en danger de la vie d'autrui puisqu'elle nécessite l'existence (et la violation manifestement délibérée) d'une obligation particulière de

⁹ G. TAUPIAC-NOUVELLE, *Le principe de reconnaissance mutuelle des décisions répressives dans l'Union Européenne*, thèse, Université Toulouse I-Capitole, Institut Universitaire Varenne, *Collection des Thèses*, 2011, n°210, p. 207-208.

¹⁰ Sont visés ici les éléments tels que les conditions préalables qui, sans être techniquement des éléments constitutifs, participent à la constitution de l'infraction.

¹¹ La remise dans le cas d'une escroquerie, la propriété d'un bien dans le cas d'un vol ou de la destruction volontaire.

¹² Tribunal d'Alger, ch. musulmane, 27 juin 1921, Clunet 1922, p. 650.

¹³ T. corr. Brest, 18 octobre 1949, Sirey, 1950.2.74 ; Paris, 30 oct. 1964, RSC 1967, p. 440 (pour le cas d'un divorce). V. surtout, DONNEDIEU DE VABRES, *Principes modernes*, p. 194 et s.

¹⁴ J. LE CALVEZ, « Compétence législative et compétence judiciaire en droit pénal. La remise en cause du principe selon lequel le juge répressif n'applique que sa loi nationale. », RSC, 1980, p. 13 et s., p. 337 et s., spéc. p. 342. ; D. REBUT, *Droit pénal international*, Dalloz, 3e éd., 2018, n°65, p. 46 ; A. FOURNIER, « Conflits de lois en matière pénale », *Répertoire de droit international*, Dalloz, 2008, n°25.

¹⁵ Crim. 05 sept. 2001, p. n°01-82.077, Dr. pén. 2002, chron. n°15 obs. C. Castella et B. de Lamy.

prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement. Relever le conflit de lois en l'espèce était donc nécessaire.

L'on pourrait, du reste, étendre cette solution à d'autres infractions dont la caractérisation commande le même élément constitutif. On pense en particulier à l'homicide et aux atteintes involontaires caractérisés par la violation d'une obligation de prudence et de sécurité imposée par la loi ou le règlement. Un exemple succinct serait le cas d'un accident de la route en Autriche impliquant des Français ; permettant l'emploi de la *compétence personnelle active ou passive* (art. 113-6, al. 2 et 113-7 C. pén.). Afin de déterminer si le mis en cause a manqué à une obligation législative ou réglementaire de prudence ou de sécurité, le juge répressif serait amené à consulter les clauses de la Convention de La Haye de 1971¹⁶ qui régirait la loi applicable, si la faute civile est retenue.

II. Le conflictualiste pénaliste et la Chambre criminelle.

Alors, que penser de la solution retenue par la Chambre criminelle ? Quelques clefs d'analyses peuvent être évoquées.

Deux visions de la solution *a priori* irréconciliables s'opposent. L'une purement pénaliste, l'autre conflictualiste. L'une commandée par des impératifs de justice matérielle, l'autre mue par des impératifs de justice conflictuelle.

À l'aune des motivations de la chambre de l'instruction, approuvées par le rapport et l'avis — oral comme écrit — de l'avocat général, soulever le conflit de lois préalable apparaît superfétatoire pour la caractérisation de l'infraction. L'application du droit français relève de l'évidence au vu de la répression des infractions et du rétablissement de l'ordre public. Relevons toutefois le très bon coup de la part de la défense ; le moyen quoique critiquable d'un point de vue procédural (le moyen n'ayant pas été soulevé avant le pourvoi en cassation) est bien trouvé puisqu'il ne fait que suivre la jurisprudence antérieure de la Chambre criminelle.

Ce qui nous mène au point de vue du conflictualiste, point de vue adopté par la Chambre criminelle, il semble nécessaire de résoudre le conflit et si ce n'est pas le cas, l'infraction n'est pas caractérisée.

Il faut également relever que c'est la première fois que la Chambre criminelle invoque le règlement Rome I ; en particulier son article 9. Il est difficile de savoir si la Cour estime que la réglementation du travail s'appliquerait soit en application d'une règle de conflit, soit en tant que loi de police. Il me semble toutefois que cette partie de l'arrêt devrait susciter un intérêt particulier pour plusieurs raisons.

Au-delà de son application à l'espèce, qui n'est pas certaine, la potentielle qualité de loi de police de la réglementation française sur la santé et la sécurité au travail et son caractère extraterritorial, encore que l'on puisse rattacher la situation au territoire français par le truchement du siège social en France de la société dont le lien de subordination avec les salariés a été approuvé.

Une autre raison tient à la combinaison des visions conflictualiste et pénaliste et la synchronie des impératifs matériels de droit pénal et des impératifs conflictuels de droit

¹⁶ La France et l'Autriche sont parties à la Convention. La circulation routière est visée par les articles 221-6 et 221-6-1 du Code pénal.

international privé. Cette idée ne vient immédiatement pas à l'esprit à lecture de la jurisprudence évoquée, mais elle peut être amenée pour l'expliquer. Ainsi, on trouve, dans l'étude de J. Le Calvez à la *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, la justification suivante de la soumission de la question préalable aux principes de droit international privé : « aux nuances du droit international privé, soucieux de rechercher la loi la mieux adaptée au problème de droit posé, risque de répondre l'application systématique par le juge répressif de la loi française, même si la situation qui lui est soumise comporte un élément d'extranéité »¹⁷.

Appliquer la loi pénale française de manière systématique, alors que dans certaines circonstances un raisonnement plus nuancé est nécessaire — l'extranéité d'une situation, par exemple —, relève de l'arbitraire.

Or, le respect du principe de légalité exige une application stricte de la loi pénale. Cette application commande que, face à une infraction grevée d'un élément d'extranéité nécessitant la résolution d'un conflit de lois civiles, le juge répressif — quel que soit le stade de la procédure — en recherche la loi applicable. L'impératif de justice matérielle de droit pénal induit le respect de l'impératif de justice conflictuelle.

Ceci permet de conclure sur le constat initial et d'affirmer que lois pénales et conflits de lois sont plus miscibles qu'on ne le croit.

¹⁷ J. LE CALVEZ, « Compétence législative et compétence judiciaire en droit pénal. La remise en cause du principe selon lequel le juge répressif n'applique que sa loi nationale. », *RSC*, 1980, p. 13 et s., p. 337 et s., spéc. p. 341.

La recherche à l'école doctorale

Research at the Graduate School

Les attentes légitimes en droit international économique

Yoleth Lainez Calderon,

Docteur de l'Université Paris-Panthéon-Assas

La notion d'attentes légitimes telle qu'elle existe dans le droit interne d'une grande majorité d'États est le résultat du travail normatif du juge¹ en l'absence d'une codification expresse dans la loi. Cette notion s'étend également au sein du Conseil de l'Europe, sous la dénomination de principe de confiance légitime, ou encore d'espérance légitime, en tant que notion autonome ou dépendante, au sein du droit européen en tant que principe général bien établi de l'ordre communautaire et au sein de la jurisprudence de la CEDH en tant que notion dépendante des droits reconnus dans la Convention EDH² mais portant les mêmes valeurs et caractéristiques que le principe européen de protection de la confiance légitime³.

Nous sommes ainsi de l'avis que plusieurs éléments constitutifs de cette notion en droit européen et en droit étatique ont ensuite été repris par le droit international économique. Un champ d'étude aussi large présentait à l'époque et présente toujours un aspect novateur, car notre sujet portant sur le rôle des attentes légitimes s'étend à l'ensemble du droit international économique, ce qui supposait d'analyser en sus du commerce international et le contentieux des investissements, les relations interétatiques financières, monétaires et fiscales ainsi que les droits atteints des particuliers en conséquence. Cette analyse s'est ainsi avérée difficile, compte tenu du champ d'étude retenu mais aussi de la confidentialité propre à certains domaines du droit international économique, tels que le droit monétaire et financier international.

Ce choix n'est bien évidemment pas le résultat du hasard car l'importance du droit international économique est indéniable. Cela a notamment été mis en évidence grâce à la globalisation et notamment à la possibilité, désormais bien reconnue, d'une personne physique ou morale de faire valoir ses droits devant les instances internationales. C'est donc le système économique international qui est au centre même de cette recherche, en tant qu'ensemble de règles qui régissent les relations internationales économiques.

Ce résumé présente les principaux aspects de cette étude et reprend le plan retenu dans la thèse qui se divise en deux parties. Ainsi, la première partie vise à établir une théorie générale visant à établir le statut de la notion d'attentes légitimes (I), tandis que la seconde partie traite de son application concrète au sein de chaque sous-domaine du droit international économique afin de souligner les différences qui peuvent intervenir en raison de la particularité de chaque matière (II).

¹ Elle est ainsi apparue afin de garantir aux administrés un système juridique et administratif cohérent et stable et d'éviter des modifications soudaines susceptibles de décevoir les attentes des particuliers. Par ailleurs, la protection des attentes légitimes garantit aux particuliers que lorsque l'administration s'apprête à modifier ses actes ou son comportement, elle le fera en tenant compte des éventuelles attentes qui ont pu naître à leur égard.

² Sur le sujet, Walter Jean-Baptiste suggère de nuancer, car « dans un cas (droit au respect des biens), il s'agit clairement d'une exigence, dans l'autre (procès équitable) la présence de la base juridique n'est que la déduction faite d'un constat » (W. JEAN-BAPTISTE, *L'espérance légitime*, Clermont Ferrand, Fondation Varenne, collection de Thèses, 2011, p. 139).

³ X. LAMPRINI, *Les principes généraux du droit de l'Union européenne et la jurisprudence administrative française*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Droit administratif », 2017, p. 319.

La première partie est composée d'une sous-partie traitant les aspects généraux de la notion d'attentes légitimes concernant sa qualification en tant que principe ou bien de standard (I.A), et d'une sous-partie consacrée à établir les différents mécanismes de limitation de sa portée et son lien avec d'autres notions du droit international (I.B). La deuxième partie est également subdivisée en deux sous-parties : la première traitant de l'application concrète de la notion d'attentes légitimes en tant que principe de l'ordre juridique international (II.A) et la deuxième tendant à analyser sa place émergente au sein de certains domaines du droit international économique (II.B).

I. Le statut des attentes légitimes

La notion d'attentes légitimes n'est pas une notion récente et pourtant elle reste désormais un mystère sur plusieurs aspects, notamment sa qualification et sa portée. Il est ainsi indispensable de se pencher tout d'abord à déterminer les origines mêmes de la notion afin de comprendre ses principales caractéristiques et éléments constitutifs ainsi que les rapports d'où elle peut émerger. Cette étape est indispensable pour la détermination de ses effets lorsque le juge doit l'appliquer, ce qui va également faciliter son analyse concrète lors de la deuxième partie de ce résumé (A). Nous allons ensuite nous consacrer à l'étude des principaux mécanismes visant à limiter la portée de cette notion et son application conjointe avec d'autres notions de l'ordre international (B).

A. La notion d'attentes légitimes élucidée

Les attentes légitimes cherchent à promouvoir et renforcer la confiance entre les parties mais aussi celle accordée aux pouvoirs publics. Cela permet un degré plus élevé de légitimité et d'efficacité. En ce sens, elles garantissent également un rendement économique en permettant aux opérateurs de « *rely safely upon representations by public authorities* », dès lors que les représentations sur lesquelles ils s'appuient résultent d'informations correctes et donc qu'elles seront protégées⁴.

La notion d'attentes légitimes présente une importance croissante en droit international économique. En effet, elle semble désormais exister dans chacune de ses branches, prenant différentes dénominations et se situant à des stades distincts d'évolution. Cependant, faute de précision et de clarté quant à son statut et son contenu, la possibilité que la notion acquière un rôle plus concret et uniforme au sein de l'ensemble du droit international économique semble aujourd'hui lointaine. Cette situation empêche de garantir aux bénéficiaires des attentes légitimes un degré uniforme de protection, indépendamment du domaine en question.

Il est ainsi indispensable d'établir l'origine de la notion d'attentes légitimes en tant qu'élément qui nous a permis d'établir son évolution et de prédire son éventuel rôle au sein du droit international économique. Il est ainsi possible de retrouver des traces de cette notion dès l'Antiquité car la bonne foi et la confiance constituaient déjà des éléments indispensables dans les rapports de l'époque.

Il est ainsi possible de constater les éléments de la notion d'attentes légitimes dans les différents degrés d'espérance d'Hugo Grotius, qui dans son livre sur « Le droit de la

⁴ Alexandra Diehl définit l'efficacité économique comme « the exploitation of economic resources in a way which maximizes value. Economic operators make economic decisions in a State of imperfect information, because there are costs associated with the acquisition of information » (A. DIEHL, *The Core Standard of International Investment Protection: Fair and Equitable Treatment*, Alphen-sur-le-Rhin, Kluwer Law & Business, coll. « International arbitration law library », 2012, p. 360).

guerre et de la paix » précise que le troisième degré « renferme le plus haut degré d'espérance, c'est lorsqu'à la détermination, [...] on ajoute une déclaration suffisante de la volonté qu'on a de donner à celui, en faveur de qui l'on s'engage, un véritable droit d'exiger l'effet de notre parole. C'est là une promesse parfaite »⁵.

Il en ressort certains éléments nécessaires à la prise en compte des attentes afin d'éviter le désengagement de son émetteur. Ce raisonnement suppose de partir du principe que la personne qui a promis ou juré a pris le temps de réfléchir et a agi avec discernement au moment de s'engager⁶. Autrement dit, la personne doit être consciente de son engagement et celui-ci doit être licite, autrement le serment et la promesse seront nuls⁷.

Même si cette époque se caractérisait par l'absence de jurisprudence sur ce sujet, nous pouvons néanmoins citer l'affaire du *Port de Portendick* de 1843 opposant le Royaume-Uni à la France et portant sur la décision de cette dernière de fermer ce port, sans préavis au Royaume-Uni, qui s'en servait également. Selon l'arbitre, la France avait manqué à ses obligations au motif qu'elle aurait dû notifier sa décision au regard de la confiance créée « par les assurances antérieures »⁸. Il a ainsi été décidé d'accorder une indemnité au Royaume-Uni pour les préjudices causés⁹. Nous sommes ici face à une première application de la notion d'attentes légitimes en considération de la notion de « confiance » même si cela n'est pas explicitement indiqué dans la décision.

Nous pouvons également citer l'affaire *Schufeldt*, où le Guatemala faisait valoir l'invalidité d'un contrat de concession conclu avec un investisseur étranger dénommé Schufeldt. Toutefois, en raison des sommes investies par le concessionnaire et de l'exécution constante et ininterrompue de l'investissement, l'arbitre a conclu que ces circonstances avaient créé « une confiance légitime en sa validité »¹⁰.

Plusieurs éléments constitutifs de la notion d'attentes légitimes peuvent ainsi être identifiés, notamment en raison de l'importance qui a toujours été attribuée à la parole des parties contractantes. Nous constatons ainsi que la parole ou le comportement d'une partie semble pouvoir créer un droit à l'égard de la personne qui en est destinataire. Cependant, l'absence de sources suffisantes nous empêche de conclure définitivement en ce sens. Pour autant, nous relevons l'existence de ces éléments plus concrètement à travers la notion de promesse mais aussi au regard des similarités existantes entre les degrés d'espérance, notamment le troisième degré précité, décrits par Hugo Grotius et la notion d'attentes légitimes telle que nous la connaissons aujourd'hui.

Nos propos sont également corroborés par la jurisprudence de l'époque que nous avons étudiée. En effet, au début du XX^{ème} siècle, plusieurs commissions mixtes, créées à l'époque afin de résoudre d'éventuelles réclamations des nationaux d'un État contre

⁵ H. GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, Tome I, traduit par J. BARBEYRAC, Amsterdam, chez Pierre de Coup, M. DCCXXIX, 1724, Livre II, Chapitre XI sur les promesses, p. IV.1.

⁶ *Ibid.*, Livre II, Chapitre XI « du serment », p. II.1.

⁷ *Ibid.*, Livre II, Chapitre XI « du serment », p. VI.

⁸ R. KOLB, « La sécurité juridique en droit international : aspects théoriques », *African Yearbook of International Law*, vol. 10, 2002, p.140

⁹ A. DE LA PRADELLE, N. POLITIS, *Recueil des arbitrages internationaux*, Tome I (1798-1855), Paris, Pedone, 1905, p.526 ; V. également : *Affaire Alabama (Etats-Unis d'Amérique c. Royaume-Uni)*, sentence du Tribunal arbitral constitué en vertu du Traité de Washington conclu le 8 mai 1871, 14 septembre 1872, *RS.A*, vol. XXIX, pp.125-134.

¹⁰ R. KOLB, « La sécurité juridique en droit international : aspects théoriques », *op. cit.*, p.141.

l'autre État signataire, ont mis en exergue cette notion d'attentes légitimes. À titre d'illustration, l'affaire *Fulda* portée devant la Commission mixte germano-vénézuélienne, concernant les dommages causés par des révolutionnaires vénézuéliens et l'incapacité du Venezuela à assurer la sécurité des résidents étrangers sur son territoire, où le Commissaire Zuloaga a directement fait référence aux attentes légitimes en rappelant que l'étranger peut légitimement et raisonnablement s'attendre à la protection de l'État dans lequel il réside¹¹. Les attentes légitimes sont donc un élément indispensable de la protection des étrangers car une personne résidant dans un État autre que celui de sa nationalité peut avoir une attente légitime quant au respect des engagements internationaux prévoyant une protection des étrangers.

La notion d'attentes légitimes requiert la réunion de plusieurs éléments constitutifs afin de permettre son invocation en vue de garantir sa protection. Lorsque ces éléments ne sont pas réunis, il ne s'agit que d'un simple espoir qui ne peut être juridiquement protégé. C'est pourquoi nous proposons de considérer quatre éléments constitutifs selon leur nature : un élément subjectif, c'est-à-dire les sujets permettant l'émergence d'attentes légitimes ; un élément objectif, à savoir le rapport entre les parties créant un lien causal permettant l'émergence d'attentes légitimes ; un élément mixte correspondant à l'état de conscience du bénéficiaire de l'assurance permettant la naissance d'attentes légitimes sur la base de faits objectifs ; un quatrième élément qui comprend la légitimité et la raisonnablement indispensables à l'invocation d'attentes légitimes.

L'élément subjectif se réfère aux personnes parties au rapport au sein duquel naissent des attentes légitimes. Il est, en effet, impératif d'être en présence d'au moins deux personnes qui vont établir une relation qui rendra possible la naissance d'attentes légitimes. Nous pouvons ainsi parler d'un émetteur (sujet passif) et d'un destinataire de l'attente (sujet actif) : le premier est celui qui donne naissance à des attentes et le second est le bénéficiaire de ces attentes qui est le seul à pouvoir demander leur garantie. Autrement dit, le sujet actif est celui qui est en mesure de solliciter devant une instance juridictionnelle la protection de ses attentes légitimes alors que le sujet passif n'a qu'un rôle limité qui correspond uniquement à la génération de l'attente. Il y a donc la nécessité d'un rapport entre au moins deux sujets sachant que « toute attente légitime doit résulter de ce qui a été promis ou accordé spécifiquement à un investisseur qui s'en est prévalu de bonne foi »¹².

Deux éléments objectifs sont également nécessaires, le rapport et le lien causal entre les parties. Il est indispensable que les sujets entretiennent une relation qui puisse effectivement donner naissance à des attentes légitimes. Cette relation se définit comme « un lien d'interdépendance [ou] d'interaction »¹³ ; il s'agit d'un premier élément objectif. Comme on l'a précédemment relevé, une attente ne peut naître d'un rapport entre inconnus dans la mesure où il est de toute évidence impossible d'avoir une quelconque attente à l'égard de personnes que nous avons récemment rencontrées. Autrement dit, ce n'est que lorsque deux sujets ont forgé une véritable relation, et donc qu'un rapport

¹¹ Commission mixte des réclamations germano-vénézuéliennes, *Affaire Fulda*, sentence du 1^{er} janvier 1903, *RS.A*, vol. X, p.387. Voir également : Commission mixte des réclamations italo-vénézuéliennes, *Affaire Sambiaggio*, sentence du 1^{er} janvier 1903, *RS.A*, vol. X, p.511 ; Commission mixte des réclamations anglo-mexicaines, *Santa Gertrudis Jute Mill Company (Ltd.) Royaume-Uni c. Mexique*, sentence du 15 février 1930, *RS.A*, vol. V, p.112.

¹² S. NIKIEMA, *L'expropriation indirecte en droit international des investissements*, Paris, PUF, 2012, p. 301.

¹³ « Relation », *Dictionnaire de français*, Paris, Larousse, édition en ligne, 2020.

de confiance s'est forgé entre eux, que nous serons face à une situation génératrice d'attentes légitimes¹⁴.

Ce rapport juridique duquel dérivent des attentes légitimes peut prendre la forme, soit d'un rapport conventionnel comprenant également les effets des traités dans le sens où un ressortissant d'un État partie peut avoir des attentes légitimes concernant un traité régulant sa situation dans un État tiers. Cela est notamment le cas des TBI ou encore des conventions fiscales. Soit d'un rapport coutumier où une fois les éléments qui le composent sont réunis ou qu'une pratique commune et constante y résulte, des attentes légitimes vont émerger, notamment en l'absence d'un objecteur persistant. Ou bien, d'un rapport contractuel qui comporte deux phases, à savoir la phase précontractuelle¹⁵ et la phase contractuelle. Une fois le contrat conclu, les attentes raisonnables et légitimes des parties créées pendant la phase précontractuelle se concrétisent et peuvent évoluer durant son exécution¹⁶.

Les attentes légitimes peuvent aussi naître d'actes unilatéraux, ces derniers pouvant effectivement être « *subsumed within the broader principle of legitimate expectations* »¹⁷. Elles vont ainsi naturellement naître lorsque l'acte en question commence à produire des effets ou lorsqu'il est porté à la connaissance des intéressés qui vont prendre acte de la déclaration et compter sur son application et son effectivité.

Le second élément objectif est un lien causal entre le rapport et l'émergence d'attentes légitimes. Le comportement, l'assurance ou la représentation sur lequel/laquelle se base l'attente doit avoir eu lieu dans un sens déterminé et clairement identifiable¹⁸. À cet égard, l'affaire *Continental Casualty c. Argentine* est intéressante, car elle met en exergue différents degrés de protection des attentes légitimes selon leur source¹⁹. Nous constatons ainsi que les attentes légitimes peuvent naître de différentes sources mais leur degré de protection varie inévitablement selon qu'il s'agisse d'une situation directement établie au bénéfice d'une personne ou, au contraire, *erga omnes*²⁰.

L'intérêt de protéger les attentes légitimes est, d'une part, d'éviter les préjudices qui peuvent toucher ceux qui ont agi en se fondant sur celles-ci²¹ et, d'autre part, d'assurer

¹⁴ Cette affirmation connaît, néanmoins, quelques exceptions, notamment lorsque le sujet émetteur de l'attente légitime (sujet passif) est une entité publique qui, grâce à la légitimité inhérente à sa nature, engendre plus aisément des attentes légitimes sans qu'elles puissent être mises en question.

¹⁵ Lorsque le comportement de l'une des parties est contradictoire et porte atteinte à l'autre partie, cette dernière peut, sous certaines conditions, demander l'allocation de dommages-intérêts.

¹⁶ *Ibid.*, p. 534.

¹⁷ J. CHAISSE, R. NG, « The Doctrine of Legitimate Expectations: International Law, Common Law and Lessons for Hong Kong », *Hong Kong Journal*, vol. 48, n° 1, pp. 86-87.

¹⁸ *International Thunderbird Gaming Corporation c. Mexique*, affaire ALENA (règlement CNUDCI), sentence du 26 janvier 2006, §147.

¹⁹ *Continental Casualty Company c. Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/03/9, sentence du 5 septembre 2008, §261. V. également : S. MAYNARD, « Legitimate Expectations and the Interpretation of the Legal Stability Obligation », *European Investment Law and Arbitration Review*, vol. 1, n° 1, 2016, p. 104.

²⁰ R. DOLZER, C. SCHREUER, *Principles of international Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2^e éd., 2012, p. 115.

²¹ C. BROWN, « The Protection of Legitimate Expectations as a 'General Principle of Law': Some Preliminary Thoughts », *Transnational Dispute Management*, vol. 6, n° 1, 2009, p. 2. V. également : M. POTESTÀ, « Legitimate Expectations in Investment Treaty Law: Understanding the Roots and the Limits of a Controversial Concept », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 28, n° 1, 2013, p. 93.

un certain degré de sécurité juridique et de prévisibilité. Cette protection requiert toutefois que les attentes légitimes soient précises et non ambiguës²².

Ensuite intervient l'élément mixte qui correspond à la conscience de s'attendre au maintien d'une situation juridique. C'est la conséquence de la rencontre entre les éléments objectifs et l'élément subjectif précédemment analysés. La conscience de s'attendre à quelque chose est un élément subjectif qui repose sur des faits objectifs ; il a donc bien une nature mixte. C'est ce fait créé par les attentes légitimes qui renforce la croyance du sujet actif d'être en droit de demander que la situation reste inchangée²³ ou bien, dans l'hypothèse où un changement intervenait soudainement et sans justification valable, de solliciter une réparation pour le préjudice subi²⁴.

Une fois tous les éléments précités réunis, il est impératif que les attentes remplissent également les critères de légitimité et de raisonabilité qui « doivent être de bonne foi et reposer sur une conduite adoptée spécifiquement à son égard »²⁵. Ainsi, la reconnaissance de la légitimité d'attentes requiert généralement qu'elles reposent sur « quelque chose de plus » qu'une législation générale²⁶. Nous constatons donc que l'élément objectif et la légitimité sont liés. D'une part, parce que c'est le premier qui rend possible la protection des attentes légitimes. En effet, au-delà de la subjectivité inhérente à leur nature, les attentes légitimes doivent avoir un caractère suffisamment objectif afin que celui qui souhaite demander leur protection puisse démontrer leur existence et le préjudice que leur déception a causé²⁷. D'autre part, leur caractère légitime permet à la partie lésée de s'en prévaloir à tout moment.

L'élément de raisonabilité suppose, quant à lui, une évaluation de la mesure en question en référence à ce que l'on pourrait s'attendre de l'État, ce qui est très problématique étant donné que parfois cela ne peut être objectivement défini²⁸ comme le met notamment en évidence l'affaire *AAPL c. Sri Lanka* à l'occasion de laquelle le tribunal a précisé qu'un standard objectif doit être mis en place afin de bien évaluer « *the required degree of protection and security with regard to what should be legitimately expected to be secured for foreign investors by a reasonably well-organized modern State* »²⁹. Nous constatons donc que cet élément constitue l'essence même des attentes légitimes³⁰, en visant à protéger

²² *Marvin Roy Feldman Karpa c. Mexique*, affaire CIRDI n° ARB(AF)/99/1, sentence du 16 décembre 2002, §146.

²³ P. DUMBERRY, *The Fair and Equitable Treatment Standard, A Guide to NAFTA Case Law on Article 1105*, Alphen-sur-le-Rhin, Kluwer Law International, 2013, p. 142.

²⁴ A. DIEHL, *The Core Standard of International Investment Protection: Fair and Equitable Treatment*, op. cit., p. 429. V. également : J. CAZALA, « Le traitement juste et équitable : transparence et protection des attentes légitimes de l'investisseur », *La Gazette du Palais*, n° 348-349, 2007, p. 45.

²⁵ S. NIKIEMA, *L'expropriation indirecte en droit international des investissements*, op. cit., p. 303.

²⁶ S. MAYNARD, « Legitimate Expectations and the Interpretation of the Legal Stability Obligation », *European Investment Law and Arbitration Review*, vol. 1, n° 1, p. 105.

²⁷ V. notamment : *EDF (Services) Limited c. Roumanie*, affaire CIRDI n° ARB/05/13, sentence du 8 octobre 2009, §219.

²⁸ E. DE BRABANDERE, « Host States' Due Diligence Obligations in International Investment Law », *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, vol. 41, n° 2, 2015, p. 352.

²⁹ *Asian Agricultural Products Ltd. c. Sri Lanka*, affaire CIRDI n° ARB/87/3, sentence finale du 27 juin 1990, §77.

³⁰ F. MUTIS TÉLLEZ, « Conditions and Criteria for the Protection of Legitimate Expectations Under International Investment Law », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 27, n° 2, 2012, p. 434. V. également : E. SNODGRASS, « Protecting Investors' Legitimate Expectations - Recognizing and Delimiting a General Principle », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 21, n° 1, 2006, p. 41 ; *Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil SA c. Équateur*, affaire CIRDI n° ARB/04/19, sentence du 18 août 2008, §§351-354.

aussi bien le sujet actif que le sujet passif. En effet, une attente ne peut être raisonnable si elle est manifestement contraire aux informations de la représentation du sujet passif ou des actes en question³¹. Cela a été confirmé par l'affaire *International Thunderbird c. Mexique*³².

Plusieurs types d'attentes légitimes émergent sur la base du concours de ces éléments avec des spécificités propres à l'environnement dont elles s'appliquent, tels que des attentes contractuelles, « *investment-backed expectations* », etc., mais peu importe leurs particularités, toutes les catégories d'attentes légitimes gardent le même objectif : garantir un rapport juridique clair, stable et prévisible. Elles visent toutes également à prévenir les actes arbitraires ou déraisonnables des parties engendrant non seulement une déception de leurs attentes légitimes mais aussi une modification abrupte de l'équilibre contractuel ou conventionnel ayant pour conséquence de faire reposer davantage d'obligations sur l'une des parties ou de réduire ses droits.

Une question reste toutefois à analyser, cette notion est-elle un standard ou bien un principe ? La notion d'attentes légitimes peut prendre différentes formes selon le domaine du droit international économique auquel elle s'applique. *Prima facie*, elle semble remplir les critères des principes généraux et des standards.

La principale différence entre ces concepts juridiques est que les premiers « ont pour fonction de compléter un ordre juridique et de favoriser sa cohérence »³³ alors que les seconds « servent à assouplir la rigidité des règles traditionnelles, à les rendre adaptables aux différents lieux dans lesquels elles s'appliquent en fonction des époques et des circonstances ou à emporter l'approbation de tous lors de la formulation de la règle »³⁴. Cela dit, peu importe leur statut, les attentes légitimes seront toujours un outil indispensable au juge international.

La notion d'attentes légitimes a déjà fait l'objet d'une application en tant que standard sous la forme d'un outil de mesure, notamment en droit financier international et en droit international monétaire. Son rôle est alors d'établir le seuil minimum de comportement acceptable auquel les États doivent se conformer afin de garantir le bon fonctionnement du système monétaire et financier international. Dans le cas du droit informel, cela permet une grande adaptabilité pour « régir des rapports sociaux divers et constamment changeants »³⁵.

Cette notion est également un principe général du droit reconnu au sein d'une grande majorité de droits étatiques³⁶ et peut, par exemple, contribuer à la recherche d'une proportionnalité entre le respect des droits privés et la nécessité d'une mesure

³¹ F. MUTIS TÉLLEZ, « Conditions and Criteria for the Protection of Legitimate Expectations Under International Investment Law », *op. cit.*, p. 434.

³² *International Thunderbird Gaming Corporation c. Mexique*, affaire ALENA (règlement CNUDCI), sentence du 26 janvier 2006, §§148-149,164.

³³ A. LAGELLE, *Les standards en droit international économique. Contribution à l'étude de la normativité internationale*, *op. cit.*, p. 15.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ *Ibid.*, pp. 159-160.

³⁶ V. notamment : *International Thunderbird Gaming Corporation c. Mexique*, affaire ALENA (règlement CNUDCI), sentence du 26 janvier 2006, opinion individuelle de T. WÄLDE, §28.

gouvernementale prise au nom de l'intérêt général. En prenant la forme d'un principe, cette notion permet également d'interpréter³⁷ les dispositions des traités en vigueur.

Sur cette base, nous pouvons nous référer au principe de protection des attentes légitimes s'agissant des branches du droit international économique dans lesquelles celles-ci existent depuis plusieurs décennies et évoluent de manière cohérente, c'est-à-dire le droit international des investissements et le droit du commerce international. Il s'agit néanmoins davantage d'un standard de protection des attentes légitimes dans les champs qui sont encore en évolution, dans lesquels la notion en est encore à un stade émergent, à savoir le droit financier international, le droit international monétaire et le droit de la fiscalité internationale. Ce constat n'empêche toutefois aucunement de considérer que la notion d'attentes légitimes puisse atteindre le statut de principe dans l'ensemble des branches du droit international économique.

Il convient à présent de se demander, quels sont les effets et la portée de ce principe ?

La saisine d'un tribunal arbitral peut se faire pour deux raisons : soit en cas de déception d'attentes légitimes à la suite de la modification d'une assurance ou d'une représentation de l'État ; soit en cas de déception d'attentes contractuelles, lorsqu'il existe une clause parapluie insérée dans le TBI applicable. Cependant, l'application du principe de protection des attentes légitimes ne semble pas pouvoir se faire de manière autonome. En effet, la saisine doit se faire sur la base d'une violation d'une disposition du TBI en invoquant conjointement ou à titre subsidiaire la déception de ses attentes légitimes. Cette condition se justifie par la volonté d'éviter, d'une part, son invocation arbitraire et abusive et, d'autre part, que l'exercice du pouvoir normatif de l'État soit limité³⁸. En effet, permettre la saisine automatique des tribunaux arbitraux pour la seule violation du principe de protection des attentes légitimes semble trop prématuré étant donné qu'à l'heure actuelle, son contenu et sa qualification ne sont pas établis de manière suffisamment précise et claire. D'autre part, en l'absence de définition unanime, il existe un risque que la protection reconnue à l'investisseur soit trop importante. Cela limiterait considérablement l'exercice de la souveraineté de l'État et entraînerait inévitablement un déséquilibre des droits et obligations des parties.

Selon Josef Ostránský, les tribunaux arbitraux ont reconnu le principe de protection des attentes légitimes afin de lui accorder un fondement juridique plus solide³⁹. À notre

³⁷ V. notamment : *International Thunderbird Gaming Corporation c. Mexique*, affaire ALENA (règlement CNUDCI), sentence du 26 janvier 2006, opinion individuelle de T. WÄLDE, §28 ; *Inde - Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture*, WT/DS50, rapport du Groupe spécial, 5 septembre 1997, §7.20 ; *Inde - Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture*, WT/DS50, rapport de l'Organe d'appel, AB-1997-5, 19 décembre 1997, §§43-45 ; *Communautés européennes - Classement tarifaire de certains matériels informatiques*, WT/DS62, rapport du Groupe spécial, 5 février 1998, §8.25 ; *États-Unis - Articles 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur*, WT/DS152, rapport du Groupe spécial, 22 décembre 1999, §7.67 ; *Mesures discriminatoires appliquées par l'Italie à l'importation de machines agricoles*, L/833 -7S/60, rapport du Groupe spécial, 23 octobre 1958, §5.12, « provide equal conditions of competition » ; *Canada - Certaines mesures affectant l'industrie automobile*, WT/DS139, rapport du Groupe spécial, 11 février 2000, §10.76, 10.77, 10.80 ; *CEE - Primes et subventions versées aux transformateurs et aux producteurs d'oléagineux et de protéines apparentées destinées à l'alimentation des animaux*, L/6627 - 37S/86, rapport du Groupe spécial, 25 janvier 1990, §§147-148, 152 ; M. PANIZZON, *Good faith in the jurisprudence of the WTO: the protection of legitimate expectations, good faith interpretation and fair dispute resolution*, Oxford, HART Publishing, 2006, p. 97.

³⁸ C. McLACHLAN, L. SHORE, M. WEINIGER, *International Investment Arbitration Substantive Principles*, Oxford, OUP, 2e éd., 2017, p. 429.

³⁹ J. OSTRÁNSKÝ, « An Exercise in Equivocation: A Critique of Legitimate Expectations as a General Principle of Law under the Fair and Equitable Treatment Standard », in A. GATTINI, A. TANZI,

avis, c'est tout le contraire qui s'est produit. Les attentes légitimes ont toujours été un principe au regard des fonctions qu'elles remplissent depuis plusieurs années et seule leur qualification est le résultat d'une pratique arbitrale récente se précisant au cas par cas⁴⁰.

Contrairement au droit international des investissements, il est possible de saisir l'Organe de règlements des différends (ORD) au motif d'une violation du principe de protection des attentes légitimes sur la base d'une plainte en situation de non-violation se fondant sur la privation d'un avantage ou la violation d'un principe, sans donc qu'il y ait une violation à une obligation juridique positive⁴¹. Ce principe de protection des attentes légitimes sert également à garantir un traitement non-discriminatoire dans le cadre des échanges commerciaux. Dès lors que la partie lésée a entamé une procédure à l'encontre de celui qui a déçu ses attentes légitimes, il revient au tribunal d'examiner l'affaire. Le juge doit procéder à une analyse en tenant compte des circonstances entourant le litige mais aussi de plusieurs principes.

Le cas échéant, le tribunal doit tirer les conséquences d'une violation du principe de protection des attentes légitimes. Il semble généralement admis qu'en droit international, les attentes légitimes peuvent être protégées de plusieurs manières⁴². Toutefois, la satisfaction et la restitution trouvent une meilleure application dans un rapport exclusivement interétatique. Dans ce cas, elles ne peuvent être octroyées que par une juridiction internationale compétente pour connaître les différends qui naissent entre des États telle la CIJ. La protection des attentes légitimes se fait donc alors généralement par le biais d'une indemnisation⁴³ qui, selon l'article 36 des articles précités, vise à « indemniser le dommage causé par ce fait dans la mesure où ce dommage n'est pas réparé par la restitution »⁴⁴ couvrant « tout dommage susceptible d'évaluation financière y compris le manque à gagner dans la mesure où celui-ci est établi »⁴⁵. Elle est ainsi la mieux adaptée pour ce type de contentieux. Même si l'absence de juridiction bien établie ou bien d'une base de données d'accès public ne nous permettent pas de conclure avec certitude à la possibilité d'une réparation en cas de déception d'attentes légitimes dans les autres domaines du droit international économique, il nous semble pertinent d'émettre l'hypothèse de la possibilité d'envisager la réparation de la déception du standard de protection des attentes légitimes dans le cadre du droit financier international et du droit international monétaire.

B. *La délimitation du principe de protection des attentes légitimes et sa relation avec d'autres notions de l'ordre international*

F. FONTANELLI (eds.), *General Principles of Law and International Investment Arbitration*, Leyde, Brill Nijhoff, 2018, p. 350.

⁴⁰ Charanne B.V. & Construction Investments S.A.R.L. c. Espagne, affaire SCC n° 062/2012, sentence finale du 21 janvier 2016, opinion dissidente de Guido Santiago Tawil, §4.

⁴¹ M. PANIZZON, *Good faith in the jurisprudence of the WTO: the protection of legitimate expectations, good faith interpretation and fair dispute resolution*, op. cit., p. 154.

⁴² E. SNODGRASS, « Protecting Investors' Legitimate Expectations - Recognizing and Delimiting a General Principle », op. cit., p. 51.

⁴³ F. MUTIS TÉLLEZ, « Conditions and Criteria for the Protection of Legitimate Expectations Under International Investment Law », op. cit., p. 440.

⁴⁴ Articles sur la responsabilité pour faits internationalement illicites, doc. n°4/56/10, Annuaire de la Commission du droit international, vol. II (2), 2001.

⁴⁵ *Ibid.*

Le principe de protection des attentes légitimes requiert une délimitation précise afin de cantonner sa portée mais aussi d'établir les mécanismes pouvant exclure la responsabilité de celui qui a déçu les attentes légitimes d'autrui. Tout d'abord, le bénéficiaire de l'attente doit remplir une obligation de *due diligence* afin que l'attente soit considérée comme légitime et raisonnable. Le but des attentes légitimes étant de garantir l'équilibre conventionnel ou contractuel des parties, il convient également de tenir compte du pouvoir normatif de l'État, qui ne doit pas être trop limité.

Les parties peuvent également décider d'interpréter des dispositions ambiguës afin de limiter la portée de l'acte en encadrant bien les situations qui peuvent permettre son application. Autrement, il reviendra au juge international éventuellement saisi d'interpréter les dispositions imprécises.

Le dernier mécanisme se présente sous la forme d'exceptions générales se basent soit sur la volonté des parties de prévoir les circonstances leur permettant de ne pas respecter leurs engagements sans mise en cause de leur responsabilité, soit sur la survenance d'une situation imprévisible rendant la préservation du *statu quo* impossible ce qui entraîne une violation des engagements ainsi que la déception des attentes légitimes de l'autre partie. Les parties se retrouvant dans une telle situation peuvent, s'agissant d'un rapport conventionnel ou d'engagements unilatéraux, invoquer le changement fondamental de circonstances, l'exécution impossible de ces obligations ou bien la force majeure. Cette dernière est également invocable dans le cadre des rapports contractuels et peut entraîner la suspension ou la résiliation du contrat.

D'une part, les exceptions générales dans les rapports conventionnels, qui n'engendrent aucune responsabilité pour les parties, peuvent survenir de deux manières : soit lorsque les États négocient des exceptions à leurs engagements afin de concilier des « *potentially competing interests* »⁴⁶ ; soit lorsque des situations imprévisibles surviennent et sont susceptibles d'empêcher la bonne exécution du traité sachant que, dans cette hypothèse, les parties doivent s'en tenir aux dispositions de la Convention de Vienne sur le droit des traités⁴⁷. Cela se justifie par l'obligation de l'État de se soumettre aux dispositions et aux standards internationaux prévus pour garantir leur respect dès lors qu'ils sont appliqués de bonne foi et sur une base non-discriminatoire⁴⁸. Il s'agit donc d'une démarche des États consistant à prévoir des situations pouvant exclure leur responsabilité sur la base d'un intérêt général⁴⁹, poussant les États à établir des situations spécifiques permettant l'invocation d'exceptions générales justifiant la violation de leurs obligations internationales ; une possibilité qui a fait l'objet d'une codification,

⁴⁶ J. SALACLUSE, *The Law of Investment Treaties*, 2 éd., Oxford, OUP, 2015, p. 294.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ *Ibid.*, p. 255.

⁴⁹ V. notamment *CMS Gas Transmission Company c. Argentine*, Affaire CIRDI No. ARB/01/8, Sentence du 12 mai 2005, 186 ; *Sempra Energy International c. Argentine*, Affaire CIRDI No. ARB/02/16, Sentence du 28 septembre 2007, 148 ; *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. et LG&E International Inc. c. Argentine*, Affaire CIRDI No. ARB/02/1, Décision sur la responsabilité, 3 octobre 2006, 41, 72.

notamment aux articles XX⁵⁰ et XXI⁵¹ du GATT. Ces situations sont néanmoins sujettes au respect de plusieurs critères visant à bien encadrer leur application et à éviter une invocation abusive des États qui puisse leur permettre d'écarter leurs obligations selon leur bon vouloir.

Lors d'un rapport contractuel, il est possible que l'une des parties se retrouve dans l'impossibilité d'exécuter le contrat. Ainsi, la notion d'attentes légitimes a rapidement été liée à la force obligatoire du contrat. Elle a été considérée comme constituant l'un de ses fondements. La principale hypothèse permettant l'exclusion de la mise en cause de la responsabilité de la partie qui non seulement déçoit les attentes légitimes de l'autre mais n'arrive pas non plus à respecter ses engagements est la force majeure⁵². Les parties prévoient généralement une clause portant sur l'éventuelle survenance d'un cas de force majeure afin d'anticiper la survenue d'une situation rendant l'exécution du contrat impossible ; que cela soit pour des raisons juridiques, commerciales ou physiques⁵³. Comme en témoigne l'arrêt *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, le surcoût résultant de l'augmentation du prix de charbon depuis la conclusion du contrat, résultant d'événements imprévisibles par les parties, comme en l'espèce la survenance de la guerre, il n'était pas possible de s'attendre à ce que le concessionnaire assure le bon fonctionnement du service tel que prévu dans le contrat. Le Conseil d'État a conclu qu'étant donné que cette situation d'imprévision excédait l'aléa économique normal, la partie demanderesse avait le droit à une indemnisation en raison des préjudices subis en conséquence de cet événement, résultant notamment en une surcharge d'obligations au détriment de celle-ci dans le cadre de l'exécution du contrat⁵⁴.

Il en résulte que les mécanismes de limitation permettent d'établir la portée du principe de protection des attentes légitimes, mais son application ne se fait pas de manière isolée en tant que principe, il est souvent l'objet d'une application conjointe avec un ou plusieurs autres principes.

En ce sens, le principe de protection des attentes légitimes s'applique conjointement avec d'autres principes permettant, d'une part, l'émergence des attentes en question et, d'autre part, un degré de protection plus élevé. Le principe de bonne foi est non

⁵⁰ OMC, Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, annexe 1A, *Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce* (GATT), signé à Marrakech le 15 avril 1994, RTNU, vol. 1867-1869, article XX. V. également : *États-Unis - Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, WT/DS58, rapport de l'Organe d'appel, AB-1998-4, 12 octobre 1998, §§156-157-159 ; *États-Unis - Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*, WT/DS2/AB/R, rapport de l'Organe d'appel, AB-1996-1, 29 avril 1996, p. 24. *Brésil - Mesures visant l'importation de pneumatiques rechapés*, WT/DS332, rapport de l'Organe d'appel, AB-2007-4, 3 décembre 2007, §139 ; *Colombie - Mesures visant les importations de textiles, vêtements et chaussures*, WT/DS461, rapport de l'Organe d'appel, AB-2016-1, 7 juin 2016, §5.67 ; *Corée - Mesures affectant les importations de viande de bœuf fraîche, réfrigérée et congelée*, WT/DS161, rapport de l'Organe d'appel, AB-2000-8, 11 décembre 2000, §23 ; *Chine - Mesures affectant les droits de commercialisation et les services de distribution pour certaines publications et certains produits de divertissement audiovisuels*, WT/DS363, rapport de l'Organe d'appel, AB-2009-3, 21 décembre 2009, §239 ; *États-Unis - Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris*, WT/DS285, rapport de l'Organe d'appel, AB-2005-1, 7 avril 2005, §307.

⁵¹ CONSEIL GENERAL, *Procès-verbal de la Réunion*, Doc. N° C/M/157, Genève, OMC, 1982, p. 10.

⁵² C. AMBROSE, « Force Majeure in International Contracts - The English Law Perspective », *Business Law International*, vol. 2003, n° 3, 2003, p. 234. V. p. ex. le *Mineral Sharing Agreement* conclu le 28 septembre 2009 entre Leyte Ironsand Corporation – MPSA et les Philippines, MPSA n° 290-2009-VIII, 2009, §16.3 : « *Governing Law. This Agreement and the relation between the parties hereto shall be governed by and construed in accordance with the laws of the Republic of the Philippines. The Contractor hereby agrees and obliges itself to comply with the provisions of the Act, its implementing rules and regulations and other relevant laws and regulations* ».

⁵³ C. AMBROSE, « Force Majeure in International Contracts - The English Law Perspective », *ibidem*.

⁵⁴ Conseil d'État, contentieux, 30 mars 1916, n° 59928, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, *Recueil Lebon*, §3.

seulement à la base de tout engagement mais permet également l'éventuelle invocation de la protection des attentes légitimes des parties. De même, un cadre juridique stable et prévisible protège non seulement les droits acquis des individus mais donne également un sentiment de sécurité juridique dans la mesure où il est transparent. Il garantit ainsi un accès à l'information et l'égalité des individus, peu importe leur origine. Il en résulte que le principe de transparence entraîne une obligation pour les États de disposer d'un système juridique et administratif clair et non ambigu, reposant sur la bonne foi, afin de garantir des rapports juridiques honnêtes et équitables en tenant compte des attentes des parties. En outre, l'estoppel vise quant à lui à prévenir la déception d'attentes légitimes, notamment lorsqu'une personne prend une décision sur la base d'un comportement ou d'une action d'une autre personne et que cette dernière modifie soudainement cette situation lui causant ainsi un préjudice⁵⁵.

II. La mise en œuvre du principe de protection des attentes légitimes en droit internationale économique

Le droit international économique comprend plusieurs volets indispensables à l'économie mondiale et à la globalisation actuelle dans la mesure où ils permettent d'assurer le bon déroulement des échanges commerciaux, des investissements à l'étranger ainsi que des transferts de capitaux, entre autres. C'est en se basant sur celui-ci que tout investisseur peut anticiper au mieux la conduite de l'État dans lequel il souhaite s'installer afin de discerner comment ce comportement pourrait impacter ses opérations commerciales⁵⁶.

Le principe de protection des attentes légitimes tel qu'il est ici entendu poursuit l'objectif de « *strike a careful balance between the rights and obligations of the parties consistent with the original negotiated commitments or the common intentions of the parties* »⁵⁷. Cette pondération a généralement lieu, soit au stade de la négociation du traité ou de l'accord en question, soit à l'occasion d'un différend qui requiert l'interprétation d'un juge international.

Sur cette base, nous avons décidé de diviser notre étude en deux sous-parties : en premier lieu, sera analysée l'application de la notion d'attentes légitimes en tant que principe bien établi de l'ordre juridique international (A) ; puis, dans un second temps, il s'agira de l'aborder en tant que notion émergente dans plusieurs champs du droit international économique (B). Notre étude s'est développée domaine par domaine étant donné qu'une approche transversale de ce droit, même si elle semble idéale, ne permet pas de procéder à un examen clair et concret.

A. Les attentes légitimes : un principe bien établi dans l'ordre juridique international

Le droit international économique, qui se compose de plusieurs champs interdépendants visant à garantir la sécurité juridique et la prévisibilité de l'ordre juridique international, est applicable directement aux investisseurs et indirectement aux commerçants. Or, nous pensons que la notion d'attentes légitimes dispose d'ores et déjà d'une place déterminée dans chacune de ces branches. Notre analyse se concentrera sur

⁵⁵ Ce principe trouve une application plus concrète au sein du droit international général. Nous pensons que cela se justifie par le refus réitéré de la CIJ d'admettre la notion d'attentes légitimes.

⁵⁶ R. SOPRANO, *WTO Trade Remedies in International Law Their Role and Place in a Fragmented International Legal System*, London, Routledge, 2019, p. 23.

⁵⁷ Y. NGANGJOH-HODU, « Regional Trade Courts in the Shadow of the WTO Dispute Settlement System: The Paradox of Two Courts », *African Journal of International and Comparative Law*, vol. 28, n° 1, 2020, pp. 45-46.

deux champs de ce droit, à savoir le droit international des investissements et le droit du commerce international au sein desquels, grâce à une application constante, elle est devenue un élément central. Il résulte effectivement de l'ensemble des conclusions auxquelles nous sommes parvenus à l'issue de la première partie de notre étude que cette notion revêt la forme d'un principe général de droit désormais bien établi dans l'ordre juridique international⁵⁸. Afin de corroborer ce postulat, il convient d'examiner plus précisément la place des attentes légitimes au sein du droit international des investissements, avant d'analyser son rôle en droit du commerce international.

1. Une application constante en droit international des investissements

La notion d'attentes légitimes est le résultat d'une évolution historique de la protection des étrangers. Nous avons effectivement pu constater une reconnaissance progressive du statut des étrangers et une prise de conscience par les États de leur importance. Dans ce contexte, les TACN ont posé les bases permettant l'émergence de la protection des investisseurs, notamment de leur droit de propriété. Ils seront remplacés par les TBI.

L'application des TBI a ensuite permis de façonner la notion de protection des attentes légitimes qui est généralement admise et appliquée par les tribunaux arbitraux. Même si son statut de principe n'est pas explicitement reconnu, cette notion s'applique en tant qu'outil d'interprétation ou pour compléter les notions de TJE et d'expropriation indirecte. Les attentes légitimes constituent un élément central de ces deux notions et ne sont pour l'instant pas une base indépendante de réclamation ; l'affirmation de leur déception complète les arguments portant sur la violation des droits de l'investisseur.

D'une part, elles jouent un double rôle au sein du contentieux de l'expropriation : en tant qu'élément indispensable pour la détermination d'une cause d'expropriation ; mais aussi en tant qu'outil pour quantifier l'indemnisation, une fois que l'expropriation est avérée. Les États ont désormais pris conscience de leur importance, raison pour laquelle elles sont systématiquement consacrées parmi les clauses d'expropriation des TBI récemment conclus ou renégociés. Cette notion a également fait l'objet d'une application dans le cadre d'affaires relatives à une violation du TJE.

D'autre part, la doctrine et la jurisprudence semblent à tout le moins s'accorder sur le fait que le principe de protection des attentes légitimes contribue à garantir la bonne application du TJE, raison pour laquelle il constitue son élément le plus important⁵⁹. À titre d'illustration, l'affaire *Mamidoil c. Albanie* précise qu'en vertu du droit international, le TJE crée une obligation à la charge de l'État de ne pas exercer son pouvoir souverain de manière atypique, abusive ou surprenante pour les investisseurs étrangers⁶⁰. En ce sens, ce standard se prête automatiquement à une analyse des attentes légitimes de

⁵⁸ À l'appui de nos conclusions, v. : J. OSTRÁNSKÝ, « An Exercise in Equivocation: A Critique of Legitimate Expectations as a General Principle of Law under the Fair and Equitable Treatment Standard », in A. GATTINI, A. TANZI, F. FONTANELLI (eds.), *General Principles of Law and International Investment Arbitration*, Leyde, Brill Nijhoff, 2018, p. 344.

⁵⁹ A. VON WALTER, « The Investor's Expectations in International Investment Arbitration », *Transnational Dispute Management*, vol. 6, n° 1, mars 2009, p. 12. Voir également : *Cargill, Incorporated c. Pologne*, affaire CIRDI n° ARB(AF)/04/2, sentence finale du 29 février 2008, §457 ; *Renée Rose Levy de Levi c. Pérou*, affaire CIRDI n° ARB/10/17, sentence du 26 février 2014, §319 ; *Urbaser S.A. et Consorcio de Aguas Bilbao Biskaia, Bilbao Biskaia Ur Partzergoa c. Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/07/26, sentence du 8 décembre 2016, §§615-617.

⁶⁰ *Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Société Anonyme S.A. c. Albanie*, affaire CIRDI n° ARB/11/24, sentence du 30 mars 2015, §612.

l'investisseur et du comportement des parties⁶¹. En ce sens, la protection des attentes légitimes au nom de la préservation et de la bonne exécution des investissements pourrait constituer « *the most effectively protected "human" right that there is, at least at the global level* »⁶² et notamment en matière de contentieux du droit des investissements.

Le principe de protection des attentes légitimes permet aux arbitres de mener une enquête contextuelle afin de déterminer, pour chaque cas d'espèce, les circonstances dans lesquelles les attentes légitimes des investisseurs se sont formées mais aussi leurs obligations et devoirs⁶³. Cependant, en l'absence de toute obligation à la charge des investisseurs dans les TBI, notamment en ce qui concerne les attentes légitimes des États, ces derniers ne disposent pas de base juridique pour saisir un tribunal. L'invocation de leurs attentes est donc plus problématique. Les États ne peuvent actuellement engager de procédures d'arbitrage contre un investisseur étranger sur la base d'un TBI ou d'un accord international d'investissement⁶⁴. De ce fait, le recours aux attentes légitimes se limiterait uniquement à la protection de l'investisseur ou bien à renforcer les propos de l'État en cas de demandes reconventionnelles, quand cela est possible.

Ce principe peut donc s'appliquer en tant qu'outil d'interprétation du TJE⁶⁵ mais aussi être envisagé comme l'élément principal à considérer⁶⁶. Comme en témoigne l'affaire *Railroad c. Guatemala*, dans le cadre de laquelle a été citée l'affaire *Waste Management II*, la reconnaissance de la déception des attentes légitimes d'un investisseur suppose un traitement contraire aux déclarations faites par l'État d'accueil sur lesquelles il s'était raisonnablement fondé⁶⁷.

Le modèle français de TBI de 2006 a consacré à l'article 3(1) la protection du standard du TJE en conformité avec les principes de droit international⁶⁸, dont évidemment le principe de protection des attentes légitimes. Cela est parfaitement mis en exergue par l'affaire *Impregilo c. Argentine* dans le cadre de laquelle le tribunal a considéré qu'en vertu du TBI applicable, le TJE visait généralement à assurer une protection adéquate des attentes légitimes de l'investisseur⁶⁹.

La pratique arbitrale semble également s'accorder sur le fait que le principe de protection des attentes légitimes se compose des éléments établis dans la première partie

⁶¹ E. SIPIORSKI, *Good Faith in International Investment Arbitration*, Oxford, OUP, 2019, p. 178, §9.05.

⁶² J. ALVAREZ, *The Public International Law Regime Governing International Investment*, op. cit., p. 246.

⁶³ *Ibid.*, p. 352.

⁶⁴ K. SAUVANT et G. ÜNÜVAR, « Perspectives on topical foreign direct investment issues », *Columbia FDI Perspectives*, n°183, 2016, p. 2. V. également : V. KUBE et E.U. PETERSMANN, « Human Rights Law in International Investment Arbitration », in A. GATTINI, A. TANZI, F. FONTANELLI (eds.), *General Principles of Law and International Investment Arbitration*, op. cit., p. 236.

⁶⁵ E. SIPIORSKI, *Good Faith in International Investment Arbitration*, op. cit., p. 178, §9.06.

⁶⁶ J. COX, *Expropriation in Investment Treaty Arbitration*, op. cit., p. 256, §10.09.

⁶⁷ *Railroad Development Corporation (RDC) c. Guatemala*, affaire CIRDI n° ARB/07/23, sentence du 29 juin 2012, §219.

⁶⁸ D. MUHVIC, « Fair and Equitable Treatment Standard in Investment Treaties and General International Law », in M. BOŽINA BEROŠ, N. RECKER, M. KOZINA (eds.), *Economic and Social Development (Book of Proceedings)*, Varazdin, Development and Entrepreneurship Agency, 2018, p. 37.

⁶⁹ *Impregilo S.p.A. c. Argentine (I)*, affaire CIRDI n° ARB/07/17, sentence du 21 juin 2011, §285. V. également : D. DAVITTI, « On the Meanings of International Investment Law and International Human Rights Law: The Alternative Narrative of Due Diligence », *Human Rights Law Review*, vol. 12, no. 3, 2012, p. 430.

de ce résumé⁷⁰. Il est ainsi généralement admis que celles-ci peuvent émerger de plusieurs actes étatiques, à savoir des représentations, des comportements ou des assurances émises à l'égard de l'investisseur par l'État d'accueil, soit au moment de prendre la décision d'investir, soit pendant l'exécution de l'investissement. Une seule et même attente peut aussi s'étaler dans le temps dans la mesure où un investissement ne s'exécute pas en un seul acte. Toutefois, en toute hypothèse, l'investisseur doit démontrer que ses attentes sont objectives, raisonnables et légitimes. Au regard de ces critères, ce dernier doit mener une enquête de *due diligence* avant d'investir afin d'étudier et évaluer la situation sociopolitique, économique et juridique de l'État au sein duquel il souhaite investir.

Les attentes légitimes constituent désormais une notion essentielle et indispensable du contentieux du droit des investissements, ce malgré une absence évidente d'accord sur son statut. Même si elle a des attributs propres aux principes généraux en contribuant notamment à l'interprétation du TJE ainsi qu'à la détermination d'une expropriation indirecte, nous la retrouvons parfois uniquement sous la forme d'un des éléments constitutifs de ces deux notions.

Par ailleurs, à partir d'une analyse de la pratique arbitrale réalisée jusqu'au mois d'octobre 2020, nous avons constaté une application constante et majoritairement homogène de cette protection, qui s'est significativement développée depuis 2011. Nous avons également pu relever une évolution des attentes légitimes qui, d'une notion assez vaste et vague, est devenue une notion délimitée avec une portée assez précise. Cela va sûrement permettre une invocation plus réglementée de la notion mais aussi l'établissement d'une définition plus précise, à laquelle nous souhaitons contribuer à travers notre étude.

Il en résulte que les attentes légitimes doivent remplir plusieurs critères afin de pouvoir être protégées. Elles doivent reposer sur une promesse ou une assurance (qui est plus facilement reconnue) et/ou une représentation ou un comportement (l'investisseur devra démontrer comment un acte ou un comportement destiné à un plus grand public a pu créer dans son esprit des attentes légitimes), qui l'ont indéniablement poussé à investir dans l'État d'accueil. Les représentations vont notamment se former lors de la phase de *due diligence* de l'investisseur durant laquelle il cherchera à déterminer la situation politique, socio-économique et juridique de l'État où il envisage d'investir ainsi que les risques qu'il encourt s'il décide de le faire.

Nous avons également noté une opposition, certes minoritaire⁷¹, à la reconnaissance de l'apparition d'attentes légitimes tout au long de la durée de l'investissement au motif que les seules à prendre en compte de manière pertinente sont celles qui sont nées au moment où l'investisseur a décidé d'investir. Cependant, il nous paraît possible que de nouvelles attentes légitimes émergent pendant l'exécution de l'investissement sur la base d'assurances ou de comportements de l'État.

⁷⁰ C. McLACHLAN, L. SHORE, M. WEINIGER, *International Investment Arbitration Substantive Principles*, *op. cit.*, p. 316, §7.184. V. également : *Gold Reserve Inc. c. Venezuela*, affaire CIRDI n° ARB(AF)/09/1, sentence du 22 septembre 2014, §571.

⁷¹ V. p. ex.: *Accord Canada-États-Unis-Mexique (USMCA)*, signé à Buenos Aires le 30 novembre 2018, adoptée par décret (Implementation Act) n° 116-113 [H.R.5430] du 9 janvier 2020, Chapitre 14, Article 14.6.

Enfin, le constat d'une pratique arbitrale concordante, commune et constante nous permet de conclure à une reconnaissance unanime des attentes légitimes. En effet, tous les acteurs intervenant dans ce domaine s'accordent sur ce fait. Il en résulte que cette notion se retrouve désormais tacitement présente dans les dispositions relatives au TJE des TBI, à moins que le contraire ne soit expressément prévu.

2. Une place concrète au sein du droit du commerce international

L'origine des attentes légitimes au sein du droit du commerce international remonte au GATT de 1947. Il s'agit d'une notion façonnée par les groupes spéciaux au gré des affaires. Toutes les analyses et précisions fournies dans ce cadre ont ensuite été reprises et complétées par l'ORD au moment d'appliquer les Accords de l'OMC.

De ce fait, nous sommes en mesure de conclure à la stabilité et à la cohérence de la jurisprudence du GATT de 1947 jusqu'à nos jours. Contrairement au droit international des investissements, il s'agit d'une reconnaissance expresse du principe de protection des attentes légitimes en tant que partie intégrante des Accords de l'OMC. Son application est homogène et constante. L'Organe d'appel est chargé de veiller à ce que son application se fasse d'une manière juste et dans la limite des actions formellement attribuées durant des années d'application du GATT.

Si les attentes légitimes d'un Membre ont été déçues, il peut formuler une plainte en situation de non-violation ou adopter une mesure de sauvegarde. Ces deux recours visent à rééquilibrer les rapports entre les parties en leur permettant d'entamer de nouvelles négociations. D'une part, le recours à ce type de plainte se fait donc dans le but de prévenir la déception des objectifs des concessions tarifaires⁷² mais surtout de tenir l'État membre responsable des attentes légitimes qu'il a pu créer dans l'esprit des autres membres⁷³. D'autre part, le Membre dont les attentes ont été déçues peut également prendre des mesures de sauvegarde en réaction à une situation de non-violation des Accords de l'OMC. Il s'agit d'une situation imprévisible mais pas forcément interdite qui a provoqué une modification du rapport entre les Membres ; par exemple des importations massives d'un produit déterminé qui causent un préjudice aux producteurs nationaux.

Il est également possible pour les Membres d'invoquer la protection d'attentes légitimes⁷⁴ dans le cadre de plaintes en situation de violation mais non à titre principal. En effet, il est tout d'abord nécessaire de démontrer que le Membre a manqué à ses obligations découlant des Accords de l'OMC. Ainsi, une fois que la violation d'un article du GATT entraînant une annulation ou une réduction d'avantages⁷⁵ a été constatée, le

⁷² A. QURESHI, X. GAO, *International Economic Law: Critical Concepts in Law*. Volume III World Trade Law, Londres, Routledge, 1^{re} éd., 2001, p. 260.

⁷³ M. PANIZZON, *Good faith in the jurisprudence of the WTO: the protection of legitimate expectations, good faith interpretation and fair dispute resolution*, op. cit., pp. 157-158.

⁷⁴ *Communautés européennes - Classement tarifaire de certains matériels informatiques*, WT/DS62, rapport du Groupe spécial, 5 février 1998, §77.

⁷⁵ V. notamment : *Les taxes intérieures brésiliennes*, GATT/CP.3/42 - II/181, premier rapport du Groupe spécial, 30 juin 1949, §16 ; *États-Unis - Taxes sur le pétrole et certains produits d'importation*, L/6175 - 34S/136, rapport du Groupe spécial, 17 juin 1987, §5.1.9 ; *Canada - Administration de la Loi sur l'examen de l'investissement étranger*, L/5504 - 30S/140, rapport du Groupe spécial, 7 février 1984, §§5.6-5.9 ; *Mesures appliquées par le Japon aux importations de cuirs*, L/5623 - 31S/94, rapport du Groupe spécial, 16 mai 1984, §55.

Groupe spécial pourra également analyser « les attentes des Membres concernant les conditions de concurrence »⁷⁶.

Néanmoins, nous avons pu constater que l'évolution de cette notion semble s'être interrompue depuis plusieurs années, l'ORD ne cherchant pas à la faire évoluer mais plutôt à limiter son application au sein du contentieux commercial interétatique. Il nous semble toutefois que ce principe pourra émerger au sein d'autres dispositions du GATT et des Accords de l'OMC en s'adaptant mieux aux besoins actuels de la société internationale.

On peut ainsi préciser que, conformément à la jurisprudence, ce principe remplirait les principales fonctions suivantes : garantir la stabilité des concessions négociées et accordées entre les États membres⁷⁷ ; combler les lacunes des Accords de l'OMC⁷⁸ ; contribuer à la protection des échanges commerciaux actuels mais également à la prévisibilité des échanges futurs⁷⁹ ; garantir la protection des États contre toute modification préjudiciable dans le cadre de leurs rapports commerciaux ou au regard de leur liste de concessions⁸⁰.

En outre, le principe de protection des attentes légitimes tend à ce que les possibilités de concurrence ne soient pas réduites ou annulées en conséquence d'une mesure prise par un État membre⁸¹ (même si elle est conforme aux Accords de l'OMC dans le cas de plaintes en situation de non-violation) mais également que soit maintenue l'égalité effective des possibilités de concurrence entre les produits importés de différents pays ainsi qu'entre les produits importés et nationaux⁸².

B. *Une émergence timide des attentes légitimes au sein des autres domaines du droit international économique*

Ce second titre cherche à analyser dans un premier temps l'émergence de la notion d'attentes légitimes dans des domaines du droit international économique où elle est encore naissante et dont l'évolution ne peut donc encore être concrètement bien établie. Nous aborderons en particulier le droit de la fiscalité internationale à la lumière des droits nationaux et du droit européen qui favorisent indéniablement son développement. Puis, il s'agira d'étudier la place de cette notion dans les domaines relevant du « droit souple » afin de confirmer ou réfuter notre hypothèse selon laquelle les attentes légitimes commencent timidement à émerger en leur sein sachant que

⁷⁶ *Inde - Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture*, WT/DS50, rapport de l'Organe d'appel, AB-1997-5, 19 décembre 1997, §40.

⁷⁷ *Japon - Mesures affectant les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs*, WT/DS44/R, précit., §10.329.

⁷⁸ *Ibid.*, §10.72.

⁷⁹ *Inde - Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture*, WT/DS50, rapport du Groupe spécial, 5 septembre 1997, §7.30.

⁸⁰ *CEE - Primes et subventions versées aux transformateurs et aux producteurs d'oléagineux et de protéines apparentées destinées à l'alimentation des animaux*, L/6627 - 37S/86, rapport du Groupe spécial, 25 janvier 1990, §77 ; *Japon - Mesures affectant les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs*, WT/DS44/R, précit., §10.232.

⁸¹ *CEE - Suite donnée au rapport du Groupe spécial sur les primes et subventions versées aux transformateurs et aux producteurs d'oléagineux et de protéines apparentées destinées à l'alimentation des animaux*, DS/28/R - 39S/91, rapport du Groupe spécial, 31 mars 1992, §§ 136-138, §§146-148 ; *Les subventions australiennes aux importations de sulfate d'ammonium*, GATT/CP.4/39, II/188, rapport du Groupe spécial, 3 avril 1950, §12 ; *Régime des importations de sardines en Allemagne*, G/26 - 1S/53, rapport du Groupe spécial, 31 octobre 1992, §16.

⁸² *Japon - Mesures affectant les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs*, WT/DS44/R, précit., §10.86 ; *Inde - Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture*, WT/DS50, rapport du Groupe spécial, 5 septembre 1997, §36.

l'absence de toute obligation contraignante rend indispensable l'établissement d'un rapport de confiance entre les parties.

1. L'application des attentes légitimes au sein de la fiscalité internationale

Les questions fiscales en droit international ne se posent essentiellement que lorsqu'une même transaction peut faire l'objet d'une imposition par deux États. Or, le droit international reposant sur la volonté étatique et en l'absence d'une autorité supérieure qui puisse régler les questions de compétence, il est nécessaire que ces derniers s'entendent et établissent des traités bilatéraux pour apporter une solution à toutes les questions fiscales qui peuvent se poser.

À cet égard, il est intéressant de noter que l'ONU et l'OCDE ont rédigé des modèles de convention qui servent actuellement de point de départ pour la négociation et la conclusion des conventions fiscales. La plupart sont effectivement rédigées en se basant sur l'un des deux modèles qui non seulement reconnaissent les attentes légitimes mais également permettent de garantir une certaine cohérence et stabilité du système fiscal au niveau international.

Les États, plus précisément leurs administrations fiscales, sont chargés de l'application et de l'interprétation des conventions fiscales. Cette tâche est plus facilement réalisée grâce aux commentaires présentés dans les deux modèles de convention qui créent des attentes légitimes dans l'esprit des contribuables.

Les attentes légitimes jouent donc un rôle limité en droit fiscal international à défaut de juridiction internationale qui appliquerait ces conventions et réglerait les éventuels différends survenant durant leur exécution. Toutefois, notre analyse a pu dégager cette notion au sein des modèles de l'ONU et de l'OCDE et de leurs commentaires ainsi que dans des dispositions portant sur les prix de transfert, plus précisément dans les accords de répartition des coûts.

En cas de différends, ceux-ci sont résolus différemment selon les parties qui interviennent : s'il s'agit d'une question d'application de la convention, cela se règle d'un commun accord entre les administrations fiscales des États parties ; lorsque le contribuable estime qu'une mesure prise par l'un des États contractants peut entraîner une imposition non conforme à la convention, il peut soumettre son affaire à l'autorité fiscale de l'État où il réside et cela indépendamment d'autres recours prévus par le droit interne. Ces procédures amiables sont cependant généralement confidentielles, ce qui nous a empêché de les étudier en détail.

C'est pour cette raison que nous avons privilégié l'étude du contentieux des investissements touchant la matière fiscale afin d'illustrer l'application des attentes légitimes « fiscales ». Ainsi, nous avons constaté que les tribunaux arbitraux semblent établir un seuil assez élevé pour conclure qu'une mesure fiscale est discriminatoire ou expropriatrice⁸³. L'existence d'une assurance spécifique, claire et non ambiguë semble préférable pour assurer la protection des attentes légitimes sur lesquelles se fonde

⁸³ V. *ADM c. Mexique*, affaire CIRDI n° ARB(AF)/04/5, sentence du 21 novembre 2007, §249-250 ; *Spyridon Roussalis c. Roumanie*, affaire CIRDI n° ARB/06/1, sentence du 7 décembre 2011, §506 ; *Isolux Infrastructure Netherlands B.V. c. Espagne*, affaire SCC n° V2013/153, sentence du 12 juillet 2016, §781 ; *Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. et Antin Energia Termosolar B.V. c. Espagne*, affaire CIRDI n° ARB/13/31, sentence du 15 juin 2018, §556 ; *Greentech Energy Systems A/S, NovEnergia II Energy & Environment (SCA) SICAR, et NovEnergia II Italian Portfolio SA c. Italie*, affaire SCC n° V2015/095, sentence du 23 décembre 2018, opinion dissidente de Giorgio Sacerdoti, §450.

l'investissement⁸⁴. En effet, celles basées sur une loi générale peuvent ne pas être retenues.

Il importe également de garder à l'esprit que ces conventions jouent un rôle important dans le maintien d'un équilibre nécessaire entre le besoin des États de protéger leurs recettes fiscales et l'impératif de sécurité juridique et de protection des attentes légitimes des contribuables. C'est là où le droit fiscal international rencontre le droit fiscal interne, ce qui justifie notre choix d'étudier la notion d'attentes légitimes développées dans plusieurs États sachant que ce sont les administrations fiscales de chaque État contractant qui sont chargées non seulement de garantir la bonne application et la bonne interprétation des conventions fiscales mais également d'établir le cadre juridique applicable en matière fiscale aux nationaux et aux étrangers résidant sur leur territoire.

Nous avons ainsi rencontré cette notion dans tous les droits étatiques choisis pour cette étude, sous la forme d'attentes légitimes ou de principe de confiance légitime. Le degré de protection varie selon le pays analysé mais en toute hypothèse les attentes légitimes tendent à assurer un équilibre entre l'intérêt public et les intérêts des particuliers. Elles permettent également de garantir la stabilité du système fiscal mais aussi de consolider la confiance que les contribuables ont en l'administration.

En outre, nous avons décidé de compléter notre analyse en étudiant cette notion au sein du droit européen. Prenant le nom de confiance légitime dans la jurisprudence de la CJUE ou d'espérance légitime dans celle de la CEDH, elle vise à protéger les intérêts des contribuables notamment lorsqu'une nouvelle loi entre en vigueur rétroactivement. D'une part, au vu de sa nature et de son mandat, l'Union européenne garantit la bonne application des dispositions fiscales et protège les contribuables et leur confiance légitime de toute action qui pourrait aller à l'encontre des règles fiscales en vigueur. D'autre part, la CEDH reconnaît et protège l'espérance légitime en matière fiscale lorsqu'il est porté atteinte au droit de propriété des contribuables en application d'une loi fiscale rétroactive.

2. Une notion émergente au sein des domaines dérivant de la *soft law*

Le droit souple ou *soft law* permet aux États de bâtir un système international conforme à leurs besoins pouvant évoluer plus facilement grâce aux procédures simplifiées qui le caractérisent. Les attentes légitimes semblent à cet égard jouer un rôle essentiel. En effet, un rapport de confiance est indispensable lorsque les parties ne sont pas contraintes juridiquement de respecter leurs engagements. Les attentes légitimes émergent ainsi d'un besoin de réciprocité quant au respect et à l'application de l'engagement en question. Il s'agit d'une sorte d'« *effet domino* » sachant que le non-respect des uns entraînera automatiquement le non-respect des autres.

Le droit souple constitue une expression des attentes communes des parties sur la conduite des relations internationales. L'adoption de dispositions se fait plus facilement en l'absence de toute procédure préétablie, elles peuvent émaner directement des États

⁸⁴ V. notamment : *Marvin Roy Feldman Karpa c. Mexique*, affaire CIRDI No. ARB(AF)/99/1, sentence du 16 décembre 2002, §149 ; *Minerals Sàrl et Koch Nitrogen International Sàrl c. Venezuela*, affaire CIRDI n° ARB/11/19, sentence du 30 octobre 2017, §8.52 ; *Fouad Alghanim & Sons Co. for General Trading & Contracting, W.L.L. e t Mr. Fouad Mohammed Thunyan Alghanim c. Jordanie*, affaire CIRDI n° ARB/13/38, sentence du 14 décembre 2017, §490 ; *Mr. Jürgen Wirtgen, Mr. Stefan Wirtgen, and JSW Solar (zwei) GmbH & Co.KG c. République Tchèque*, affaire CPA n°2014-03, sentence finale du 11 octobre 2017, §437.

ou d'une organisation internationale spécialisée. De ce fait, il se compose de faits juridiques et d'actes juridiques.

La nature informelle du droit financier international présente quelques avantages, notamment celui de permettre la conclusion accélérée d'accords afin de répondre aux besoins évolutifs de la société internationale. C'est dans le but de renforcer les obligations informelles des parties que les attentes légitimes interviennent. Il s'agit ainsi d'un mécanisme visant à garantir la stabilité des rapports mais aussi à créer un sentiment d'obligatorité. Un autre élément qui contribue à la consolidation des obligations financières est la réputation de chaque État. Cette notion prend ici la forme d'un standard trouvant une application concrète au sein des marchés financiers, sous la forme de formules mathématiques permettant de prévoir la stabilité à long terme de ces derniers ou même de contrôler la conformité de l'action des acteurs de marché aux réglementations en vigueur.

Il convient ainsi de relever que les attentes légitimes émergent dans le but de renforcer les obligations informelles des parties. Il s'agit d'un mécanisme visant à garantir la stabilité des rapports entre acteurs des marchés financiers mais aussi à créer un sentiment d'obligatorité. Un autre élément qui semble contribuer à la consolidation des obligations financières est la volonté de chaque État de préserver sa réputation.

Au sein des marchés financiers, la notion d'attentes légitimes prend la forme d'un standard trouvant une application concrète avec des formules mathématiques visant à prévoir la stabilité à long terme de ces marchés ou encore à contrôler le respect des réglementations en vigueur par les acteurs du marché.

En droit international monétaire, les attentes légitimes sont encore une notion émergente. La souplesse de ce droit permet une reconnaissance plus rapide d'attentes légitimes mais celle-ci est pour l'instant très limitée. Cela crée toutefois un sentiment de devoir respecter les dispositions parmi les acteurs, même en l'absence de tout élément contraignant. Cette notion est ici un référent du comportement de chaque État qui permet d'évaluer son degré de conformité aux règles établies mais également de créer un sentiment de confiance au sein de la communauté internationale. Ce domaine étant toujours en pleine évolution, nous pensons que la notion d'attentes légitimes évoluera également et pourra éventuellement devenir un principe essentiel notamment pour les organisations internationales et les organismes de normalisation qui régissent ce domaine.

Enfin, le lien qui existe entre ces deux domaines du droit international économique et le droit international des investissements nous a permis d'identifier certaines affaires dans le cadre desquelles les tribunaux arbitraux ont pris en compte les attentes légitimes au moment d'analyser des mesures monétaires ou financières pouvant porter atteinte à des investissements⁸⁵. Cela n'ayant pas fait l'objet d'une étude approfondie auparavant, constitue désormais les bases pour d'autres développements sur le sujet.

⁸⁵ En droit financier international : *Philippe Gruslin c. Malaisie (II)*, affaire CIRDI n° ARB/99/3, sentence du 27 novembre 2000, §25.7 ; *Abaclat and others (formerly Giovanna A. Beccara and others) c. Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/07/5, décision sur la compétence et la recevabilité du 4 août 2011, §367 ; *Deutsche Bank AG c. Sri Lanka*, affaire CIRDI n° ARB/09/2, sentence du 31 octobre 2012, §524. Voir en droit monétaire international : *BG Group Plc c. Argentine*, affaire UNCITRAL, sentence finale du 24 décembre 2007, §394 ; *HOCHTIEF Aktiengesellschaft c. Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/07/31, décision sur la responsabilité du 29 décembre 2014, §238 ; *National Grid PLC c. Argentine*, affaire CNUDCI, sentence du 3 novembre 2008, §179 ; *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. et LG&E International Inc. c. Argentine*, affaire CIRDI n°

ARB/02/1, décision sur la responsabilité du 3 octobre 2006, §133 ; *Enron Creditors Recovery Corporation (formerly Enron Corporation) et Ponderosa Assets, L.P. c. Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/01/3, sentence du 22 mai 2007, §264 ; *Sempra Energy International c. Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/02/16, sentence du 28 septembre 2007, §299 ; *Metalpar S.A. et Buen Aire S.A. c. Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/03/5, sentence sur le fond du 6 juin 2008, §187 ; *Continental Casualty Company c. Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/03/9, sentence du 5 septembre 2008, §262.

Justice conflictuelle et justice matérielle : pertinence et pérennité de la distinction. Étude de droit international privé de la famille

Charlotte Guillard,

Maître de conférences à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Le point de départ de la réflexion sur la justice conflictuelle et la justice matérielle s'inscrit dans le cadre du conflit de lois et s'incarne traditionnellement par la question suivante : quelle est la loi la plus juste à appliquer aux relations affectées d'un élément d'extranéité ? Est-ce la loi la plus proche de la relation en cause ou bien est-ce la loi qui lui apporte la solution matérielle la plus satisfaisante ?

L'interrogation est ancienne et à ce titre elle ne trouve pas de réponse évidente.

Opter pour la première solution, c'est favoriser ce qu'il est coutume d'appeler la justice conflictuelle. Se rallier à la seconde proposition implique de faire primer, en droit international privé, la justice dite matérielle.

Revenons, plus en détail, sur le sens de ces deux justices et ce qu'implique leur confrontation.

Il revient à la doctrine du milieu du siècle dernier d'avoir systématisé la distinction entre la justice conflictuelle et la justice matérielle. Ce travail savant a permis de mettre en avant une idée centrale qui a exercé et exerce toujours aujourd'hui une influence déterminante sur le droit international privé. C'est l'idée, assez intuitive, que les rapports privés internationaux exigent un traitement particulier devant se traduire par une justice adaptée : la justice dite conflictuelle. Cette justice est traditionnellement présentée comme détachée des considérations substantielles, prises en charge par une autre forme de justice, la justice matérielle.

Si les considérations substantielles ne sont pas ignorées du droit international privé, elles doivent classiquement intervenir de façon exceptionnelle dès lors qu'elles n'intéressent qu'indirectement ou secondairement la discipline, chargée de résoudre des questions d'un autre ordre : l'identification du droit applicable, la détermination du juge compétent, les effets d'un jugement ou d'un acte étranger...

Aussi, l'articulation de ces deux types de justice en un rapport de principe à exception au profit de la justice conflictuelle prétend, de longue date, fournir une grille de lecture des objectifs et des méthodes du droit international privé.

Ce rapport est traditionnellement illustré par celui qui relie la règle de conflit de lois bilatérale à l'exception d'ordre public international. Le juge interrogé sur la question de la loi applicable à un rapport privé international applique par principe la règle de conflit de lois adaptée. Cette méthode est au service de la justice conflictuelle en ce qu'elle a pour seule fonction de rattacher une situation internationale à une loi avec laquelle elle entretient des liens qui se veulent étroits. Cette recherche du droit applicable se fait donc, dans la pureté des principes, sans considération du contenu des lois en conflit, et sans poursuite d'un objectif substantiel donné (validité d'un contrat, établissement d'un lien de famille, réparation d'un dommage...).

Lorsque la règle de conflit désigne une loi étrangère, le juge peut toutefois décider d'écarter son application s'il constate qu'elle heurte les principes essentiels du for. Cette mise à l'écart passe par le mécanisme de l'ordre public international. Manifestation de

la justice matérielle en droit international privé, l'exception d'ordre public international se préoccupe ainsi exclusivement du traitement matériel du rapport privé international. Il s'agit de s'assurer que la loi applicable ne heurte aucun « principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme doués de valeur internationale absolue », selon la célèbre formule de l'arrêt *Lautour*.

À raisonner sur ce binôme classique de la discipline, la distinction entre justice conflictuelle et justice matérielle offre une lecture éclairante des enjeux sous-jacents au droit des conflits de lois.

Toutefois, les frontières entre les deux types justices se sont peu à peu brouillées à la faveur d'un certain nombre d'évolutions. On peut, sans souci d'exhaustivité, renvoyer à l'eupéanisation des sources, la fondamentalisation de la discipline ou encore la libéralisation toujours plus accrue des rapports privés internationaux.

La discipline a ainsi changé de physionomie : elle s'est, dit-on, matérialisée, si bien que le rapport de principe à exception entre les deux justices est aujourd'hui remis en question et que leurs frontières respectives sont devenues poreuses.

Généralement admis, un tel constat soulève toutefois un certain nombre d'interrogations : à quoi renvoie précisément le mouvement de matérialisation qui gagne la matière ? Pourquoi est-il, bien souvent, appréhendé avec méfiance ou inquiétude ?

Les solutions retenues en matière de mariage international entre personnes de même sexe offrent une brillante illustration du problème.

L'article 202-1 al. 2 du Code civil prévoit que deux personnes de même sexe peuvent se marier dès lors que l'union est autorisée soit par la loi nationale, soit par la loi du domicile ou de la résidence habituelle d'un des époux. En tant que règle de conflit de lois, la disposition cherche à réaliser la justice conflictuelle. Elle désigne, en effet, une loi proche des époux. La règle poursuit toutefois indéniablement un résultat matériel explicite : la validité de l'union. Autrement dit, elle est également affectée à la réalisation de la justice matérielle. Cet article montre de façon flagrante le manque d'étanchéité entre les justices, qui s'entremêlent.

Les exemples de ce mélange des genres sont légion et imposent d'admettre que justice conflictuelle et justice matérielle ne constituent plus une grille d'analyse fiable des objectifs et des méthodes du droit international privé. Plus loin, c'est toute la lecture classique de la discipline qui s'en trouve perturbée.

Le but de l'étude était ainsi de s'interroger sur la pertinence de la lecture offerte par la distinction et de prendre position sur l'opportunité de son maintien pour le droit international privé contemporain. S'il est toujours possible de se référer à la distinction des justices, cette référence est-elle utile ?

Le premier temps de l'étude propose ainsi de voir en quoi la distinction entre justice conflictuelle et justice matérielle, telle que classiquement envisagée, est aujourd'hui mise à l'épreuve. Dans cette perspective, des faiblesses initiales et des incohérences gagnant progressivement la lecture classiquement retenue des justices ont été identifiées.

Au rang des faiblesses initiales, on trouve la formulation du problème du conflit de lois sous la forme d'une « alternative du juste ». L'alternative proposée – loi la plus proche

de la situation / loi lui offrant le meilleur traitement matériel – est apparue insatisfaisante à plusieurs titres.

D'une part, la réponse que l'on peut y apporter dépend en grande partie de l'autorité – judiciaire-législative ; nationale-supranationale – à laquelle la question est adressée. Soumise au juge national, autorité de principe en matière de conflit de lois à l'époque où la distinction a été systématisée, l'alternative paraît avoir posé un faux problème : le juge du for ne saurait appliquer une loi étrangère au motif de son meilleur contenu, sans désavouer la qualité de sa propre justice. Désormais de plus en plus souvent adressée à des autorités supranationales, l'alternative semble à l'inverse soulever un dilemme beaucoup plus réaliste : la question de la loi applicable, lorsqu'elle est soulevée devant les autorités supranationales peut, au moins intellectuellement, se faire sur le critère du contenu substantiel des lois en conflit. La loi la plus juste à appliquer sera celle qui préservera les objectifs matériels propres aux ordres juridiques supra-étatiques : le respect des droits fondamentaux pour la Cour de Strasbourg, la réalisation des libertés de circulation pour celle de Luxembourg.

C'est, d'autre part, la pertinence du principe même de l'alternative qui interpelle. Le problème ainsi posé influence directement la réponse devant y être apportée : l'alternative suggère en effet que seule l'une des propositions énoncées soit retenue. Une telle suggestion est toutefois démentie en pratique. En réalité, c'est l'équilibre à trouver entre les deux justices qui pose problème.

La distinction entre justice conflictuelle et justice matérielle ne saurait, pour ces diverses raisons, être comprise comme une opposition entre deux justices s'inscrivant chacune comme une alternative pour la résolution du conflit de lois. C'est la cohabitation de ces deux types de justice qui doit être recherchée.

Se sont progressivement greffés à cette faiblesse congénitale, des incohérences quant à l'articulation des justices. L'analyse de l'articulation classiquement retenue des justices s'est soldée par une profonde remise en cause de l'idée selon laquelle la recherche de la loi applicable devait – en principe et sauf exception – se faire indépendamment d'un résultat substantiel à atteindre et sans égard pour le contenu substantiel des lois en présence.

Le postulat est, en effet, doublement fragilisé.

D'abord, une telle articulation est inopérante à l'égard des destinataires des normes de droit international privé pour lesquels seule la justice matérielle compte. Leur attention est en réalité tout entière tournée vers le résultat concret de la résolution du conflit de lois dans lequel ils sont impliqués. Or, il paraît contestable que la distinction des justices propose une grille de lecture qui ne tienne pas compte de sa réception par les destinataires auxquels elle s'adresse. C'est d'autant plus problématique que le rôle et la place des parties dans l'élaboration des solutions de droit international privé sont de plus en plus prononcés. La matière personnelle et familiale – qui constitue l'objet principal de l'étude – n'échappe pas, loin sans faux, à ce constat.

Ensuite, l'articulation classique des justices en un rapport de principe à exception semble profondément remise en cause vis-à-vis de l'auteur de la norme de droit international privé. Sous l'impulsion d'une évolution des sources de la matière, les différents acteurs de l'élaboration des normes de droit international privé se sont peu à peu tournés vers une approche substantielle du conflit de lois. Les lois de police, les

droits fondamentaux ou encore la généralisation des règles de conflit à finalité matérielle, telles que celles énoncées à l'article 202-1 du Code civil, sont autant de manifestations de cette approche, qui ont, à ce titre, été examinés.

Mis ensemble, ces phénomènes remettent indéniablement en cause la pertinence de la grille de lecture offerte par la distinction : il est devenu impossible de se fier à elle pour envisager une répartition convaincante des méthodes du droit international privé et pour appréhender clairement ses objectifs. Plus loin, c'est la possibilité même de distinguer les deux types de justice qui paraît être remise en question.

Les maux identifiés, pourtant nombreux, ne sont toutefois pas apparus suffisants à convaincre de l'inutilité de la distinction entre justice conflictuelle et justice matérielle.

C'est ainsi que, dans un second temps, il a été entrepris de dépasser le constat des fragilités qui ont progressivement décrédibilisé la distinction, pour tenter d'en donner une lecture plus satisfaisante. C'est un renouvellement de la distinction qui a, dans cette perspective, été proposé.

Le renouvellement de la distinction entre justice conflictuelle et justice matérielle exigeait de mener une réflexion sur tous les points qui, au stade de l'étude de l'approche classique, ont révélé les défaillances et les incertitudes entourant leur confrontation. C'est ainsi qu'il a été proposé de repenser aussi bien les termes de la distinction que l'articulation des justices.

Le renouvellement des termes de la distinction a d'abord amené à proposer un affinement des données du problème classiquement associé à la distinction entre justice conflictuelle et justice matérielle. À cet égard, plusieurs pistes d'améliorations ont été envisagées.

Sans surprise, l'alternative de la juste loi à appliquer a été mise de côté. Au-delà des raisons sus-évoquées, il n'y a pas, aujourd'hui, de raison légitime de cantonner une réflexion de théorie générale de droit international privé à la seule question du conflit de lois. L'articulation du conflictuel et du matériel irrigue en effet toute la discipline et notamment les questions de compétence internationale et de circulation internationale des décisions.

Une réflexion a par ailleurs été menée sur la notion de justice. Son maintien est apparu utile à révéler les enjeux de la discipline, à savoir l'ordonnancement des intérêts impliqués dans une relation privée internationale, et l'identification des objectifs permettant leur réalisation. L'analyse menée sur ce terrain a permis de retenir une conception pour partie traditionnelle et pour partie originale de la discipline.

S'agissant des intérêts, c'est une conception dualiste – aujourd'hui répandue – qui a été retenue, regroupant d'un côté l'intérêt des parties et de l'autre celui des États, en insistant toutefois sur le caractère proprement international de chacun de ces intérêts mais également sur leur dimension substantielle.

Quant aux objectifs, l'analyse est restée fidèle aux propositions traditionnellement faites. Le droit international privé répond à un triple objectif : favoriser l'harmonie internationale des solutions, préserver la cohérence et la cohésion des ordres juridiques étatiques et permettre la continuité des situations des personnes privées.

Une idée un peu plus novatrice a toutefois été proposée.

La justice en tant que prétention à un idéal d'égalité – des lois et de traitement des situations privées internationales – permet de faire de l'harmonie internationale, un objectif au service de la réalisation conjointe des intérêts des personnes privées et des États. Cette aspiration commune aux parties et aux États à un idéal d'égalité est en revanche apparue insuffisante à rendre compte des intérêts en présence dans toute leur complexité. La satisfaction des intérêts doit, en effet, parfois passer par la poursuite d'objectifs détachés de l'idée d'égalité. C'est pourquoi l'intérêt des ordres juridiques étatiques doit par ailleurs être réalisé par l'objectif de cohérence et de continuité tandis que l'intérêt des personnes privées doit être protégé par l'objectif de continuité de leur situation juridique.

L'éclaircissement des données du problème a pu laisser la voie libre à une clarification du sens des justices. Ce travail a dû porter tant sur le plan terminologique que conceptuel.

La réflexion autour de la sémantique appropriée a conduit à formuler deux propositions. D'une part, à renoncer à l'emploi de l'expression trop restrictive de justice conflictuelle pour lui préférer celle de justice de droit international privé. D'autre part, à affirmer la dissociation entre la justice matérielle et les considérations substantielles dès lors que de telles considérations se retrouvent indéniablement dans le cadre de la justice de droit international privé.

Les éclaircissements conceptuels ont permis de préciser l'objet de chacune des justices. L'idée forte qui préside à la redéfinition du rôle de chacune des justices est la suivante : justice de droit international privé et justice matérielle prennent en charge les mêmes types d'intérêts, ceux du droit international privé. Là où elles se distinguent, c'est, en réalité, dans la façon de gérer la diversité des intérêts à l'œuvre.

C'est ainsi qu'il a été proposé que la justice de droit international privé opère une conciliation des intérêts pourvoyeuse d'harmonie internationale des solutions là où la justice matérielle devrait quant à elle être en charge de départir ces intérêts en cas de tensions entre eux. Cette mission assignée à la justice matérielle pouvant conférer, selon les cas, la primauté à l'objectif de cohésion et de cohérence de l'État ou à celui de continuité des situations juridiques, sans préférence préalablement établie, a permis de revenir sur une idée bien ancrée chez les internationalistes. Selon les époques et les sensibilités, la justice matérielle est tantôt affectée à la seule protection des intérêts du for, tantôt ordonnée à la réalisation des seuls intérêts privés.

Une telle lecture du sens des justices fait théoriquement réapparaître la possibilité pour la distinction de s'inscrire comme une grille de lecture convaincante de la matière. Encore fallait-il vérifier le caractère opératoire des propositions ainsi formulées.

Une telle vérification a dû passer par l'analyse de l'articulation exacte pouvant être retenue des justices dans leur sens repensé.

Cette dernière étape, cruciale, de l'étude, exigeait de déterminer comment chacune des justices, dans leur sens renouvelé peut, sur le terrain méthodologique, se réaliser concrètement. Sur ce point, l'analyse a dû composer avec un certain nombre d'éléments.

Pour être cohérente, la recherche menée impliquait de vérifier qu'une méthode de droit international privé ne puisse pas être à cheval entre les deux justices. En effet, un outil ne saurait, logiquement, assurer une conciliation des divers intérêts impliqués et opérer,

dans le même temps, un choix faisant prévaloir l'un de ces intérêts et l'objectif correspondant.

Pour être harmonieuse, la lecture proposée de la distinction devait, par ailleurs, s'accommoder du pluralisme des méthodes qui caractérise le droit international privé. Afin de fournir une présentation claire et accessible, il a ainsi été proposé de prendre pour point de départ les méthodes et outils de la discipline sans articulation préconçue, aux fins d'opérer leur répartition au sein de chacune des justices.

Pour être réaliste, l'étude devait admettre que certains instruments utilisés dans la résolution des problèmes de droit international privé ne pouvaient être attribués exclusivement à l'une des deux justices. Les droits fondamentaux ont, sur ce dernier point, fourni un laboratoire d'observation privilégié.

L'étude de la réalisation méthodologique de chacune des justices au regard de leur sens renouvelé a, sans réelle surprise, permis de confirmer l'affiliation traditionnelle des règles de conflit de lois à la justice de droit international privé. Ces dernières, qu'elles s'expriment à travers des rattachements uniques, alternatifs ou qu'elles laissent une place à l'autonomie de la volonté, assurent une conciliation satisfaisante des différents intérêts impliqués au profit d'un traitement harmonieux des relations internationales.

D'autres instruments se sont toutefois avérés capables de satisfaire les exigences de la justice de droit international privé en dépit de leur indéniable empreinte substantielle ou du fait qu'ils s'inscrivent comme des mécanismes dérogatoires à celui de la règle de conflit de lois bilatérale classique. C'est le cas de la clause d'exception, de certaines règles matérielles de désignation du droit applicable, ou encore du mécanisme de l'ordre public atténué.

Les règles de conflit à finalité matérielle, le mécanisme des lois de police, l'exception d'ordre public international, ainsi que la fraude, ont été affiliés à la réalisation de la justice matérielle. Ces méthodes sont pour la majorité d'entre elles l'expression d'une justice matérielle dédiée à la réalisation de l'intérêt étatique et à l'objectif de cohérence et de cohésion de l'ordre interne. Aussi, les craintes fréquemment exprimées en doctrine d'une matérialisation de la matière, faisant de l'intérêt des parties la considération primordiale et systématique, ont pu être minimisées.

Préalable à la question des rapports entretenus entre les justices, la ventilation opérée a permis de mettre en avant que leur articulation était non seulement possible mais également respectueuse de la place de principe classiquement attribuée à la justice de droit international privé.

Les instruments au service de la justice de droit international privé restent, en effet, les mécanismes les plus fréquemment sollicités. Les méthodes dédiées à la justice matérielle n'ont, par ailleurs, vocation à intervenir qu'exceptionnellement. Les règles de conflit à finalité matérielle et le mécanisme des lois de police restent en effet, pour l'heure, d'emploi suffisamment occasionnel en droit international privé pour ne pas remettre en cause le rapport de principe à exception liant les justices. Le mécanisme de l'ordre public international et celui de la fraude s'inscrivent comme des outils curatifs, d'emploi ponctuel et dont la légitimité ne saurait être remise en cause.

Le recours de plus en plus fréquent aux droits fondamentaux perturbe toutefois cet harmonieux tableau. Ces derniers se laissent, il est vrai, moins bien apprivoiser par la

grille de lecture offerte par la distinction des justices. L'analyse de la jurisprudence révèle en effet que la mobilisation des droits fondamentaux et le principe de proportionnalité permettent tantôt de satisfaire la justice de droit international privé, tantôt de réaliser une justice matérielle plus ostensiblement orientée vers la satisfaction de l'intérêt des justiciables. Ils instaurent, de ce fait, une forme de concurrence entre elles. L'atteinte faite à l'étanchéité des frontières entre les justices a toutefois paru pouvoir être doublement limitée. D'une part, à raison d'une utilisation subsidiaire du mécanisme des droits fondamentaux. D'autre part, par l'intégration explicite, dans la mise en balance des intérêts, des impératifs de la justice de droit international privé.

La lecture renouvelée de la distinction proposée permet, sous quelques réserves et ajustements, de lui redonner un caractère opératoire. Elle met, plus loin, à jour sa double fonction.

Telle que repensée, la distinction entre justice matérielle et justice de droit international privé permet, d'une part, de préciser la place qu'occupent les valeurs au sein de la discipline. Loin d'être l'apanage de la justice matérielle, l'expression des valeurs passe également par la justice de droit international privé. Lorsqu'elles ne sont pas trop antagonistes, le choix entre les valeurs autorise un traitement harmonieux des relations privées internationales et permet de satisfaire les différents intérêts impliqués dans ces relations. La justice de droit international privé peut alors s'épanouir. Autrement, la justice matérielle doit prendre le relais.

Ainsi conçue, la distinction des justices s'offre, d'autre part, un rôle pour la discipline qui dépasse le simple éclairage conceptuel. Elle s'inscrit en effet comme une référence utile à l'ordonnancement du pluralisme des méthodes du droit international privé, qui pourrait aider les autorités saisies de questions de droit international privé à mieux assumer le choix des méthodes et des solutions dégagées. C'est en tout cas le sens de la proposition qui a été faite au terme de l'étude, de mettre à la disposition des diverses autorités saisies de rapports privés internationaux, un « principe de justice de droit international privé ».

Augustin Gridel,

Maître de conférences à l'Université de Lorraine

Soucieux de poser un regard synthétique sur les règles issues du droit financier, la thèse entend renouveler la présentation des règles de droit financier en les inscrivant sinon au sein de catégories bilatérales de rattachement, au moins au sein de règles de conflit unilatérales dont l'unité provient non seulement des liens entre les règles, mais également de l'objectif commun qu'elles poursuivent. Pour ce faire, l'ouvrage suit la dialectique traditionnelle de la méthode de la règle de conflit : s'intéresser d'abord au rattachement de la loi du marché financier, avant d'étudier le domaine de celle-ci, puis le statut international des instruments qu'elle a pour objet.

Le rattachement des infrastructures de marché. La thèse montre tout d'abord que les marchés financiers ont toujours fait l'objet d'un rattachement à l'État, que leur sophistication avait fait naître des infrastructures spécifiques, dont la singularité était de reposer sur des gestionnaires spécialisés. Ces derniers font l'objet d'un rattachement doublement original.

En premier lieu, leur rattachement législatif par leur siège ne dicte pas seulement l'application du droit local des sociétés. Il conduit également à appliquer, d'une part, un droit dit prudentiel, dont l'objectif est la protection des tiers et qui est susceptible de constituer une catégorie de rattachement propre et, d'autre part, un droit spécial de l'insolvabilité, celui de la résolution, fondé sur un modèle universaliste de la faillite, tempéré par l'application de lois étrangères à certaines institutions. Ces observations nous ont par ailleurs conduit à estimer que l'objectif de protection des tiers n'était pas suffisant afin d'expliquer les raisons présidant au rattachement des personnes morales par le critère du siège réel, et que celui-ci se justifiait sans doute davantage par la volonté d'appliquer les règles locales d'organisation.

En second lieu, les gestionnaires d'infrastructures font également l'objet d'un rattachement administratif, qui les soumet à la tutelle d'une autorité conditionnant et surveillant l'exercice de leur activité. Ce rattachement est aujourd'hui en proie à une tension entre deux modèles, l'un décentralisé auprès de l'administration de l'État membre du siège du gestionnaire, traditionnel et encore majoritaire, l'autre, centralisé auprès d'une agence de l'Union, et applicable dès lors que le gestionnaire est soumis à un agrément bancaire. Chacun de ces modèles entraîne la compétence de l'ordre administratif de l'organe octroyant l'agrément. La particularité du modèle centralisé est néanmoins qu'il brise le parallélisme des rattachements entre autorité compétente et loi applicable, et la thèse propose, dans ces conditions, des méthodes de coordination entre les ordres juridiques européens fondées sur certains mécanismes connus du droit international privé, à l'instar du *forum legis*. Le modèle décentralisé nécessite également une coordination entre autorités compétentes dès lors qu'un gestionnaire souhaite fournir ses services sur le territoire d'un autre État membre, que ce soit au titre du déclenchement de la procédure de notification ou de la localisation des règles de conduite. Il est apparu lors de ces recherches que les critères du droit international privé des contrats, employés ici, étaient inopérants, et que les objectifs d'intégration du marché intérieur et de protection des investisseurs de l'ensemble législatif en cause étaient mieux poursuivis par la notion de sollicitation.

Les rapports avec les gestionnaires de pays tiers sont simples : ceux-ci ne peuvent en principe fournir leurs services sur le territoire de l'Union sans se soumettre à la législation et à la supervision des autorités européennes. L'Union procède toutefois à l'autolimitation de sa loi dans différentes hypothèses, selon les systèmes étrangers en cause, notamment lorsque la législation et la supervision étrangère sont déclarées équivalentes à celle de l'Union. C'est ainsi que la thèse a montré que cette méthode de l'équivalence avait pour fonction la coordination des ordres juridiques afin de permettre les relations entre personnes privées, et qu'elle subissait dès lors la tension inhérente aux objectifs du droit international privé, entre coordination des ordres juridiques et préservation de l'ordre social du for : elle est susceptible d'être concurrencée ou évincée par les objectifs et les intérêts des ensembles législatifs européens dont l'équivalence est recherchée.

Ce rattachement des gestionnaires est distinct de celui des infrastructures qu'ils gèrent, ces dernières étant notamment constituées de règles de système. On a soutenu que ces règles étaient fondamentalement des contrats conclus entre le gestionnaire, les membres du système et le cas échéant les émetteurs, et que la loi qui leur était applicable dépendait aujourd'hui des différents types de systèmes. Ainsi, les marchés réglementés sont soumis à la loi du siège de leur gestionnaire, tandis que les autres systèmes de négociation ne font pas l'objet de règle de conflit spécifique ; celle applicable aux marchés réglementés gagnerait néanmoins à leur être appliquée par analogie. Les systèmes de paiement, de compensation et de règlement des titres sont soumis à la loi que les règles de système désignent, dans la mesure où cette loi est celle d'un État membre et d'un participant au système. Il nous est cependant apparu qu'en égard à l'importance de ces systèmes pour l'ordre juridique du gestionnaire, les règles de systèmes devraient toujours être soumises à la loi du siège de leur gestionnaire. Les rapports avec les marchés financiers d'États tiers se font quant à eux sous l'angle de la reconnaissance dans la mesure où leurs règles sont équivalentes à celles connues du for. C'est pourquoi la thèse suggère que l'explication tenait sans doute à ce que les contrats organisation ne sont pas solubles au sein de la distinction entre règles et décisions, tout simplement parce que le développement de l'organisation contractuelle les rapproche progressivement de la notion d'ordre juridique, nécessitant une reconnaissance « en bloc ». Celui-ci doit dès lors être reconnu ou ignoré en tant que tel.

Le domaine de la loi du marché financier. Une fois le rattachement des marchés financiers étudié, il était possible d'observer, dans une deuxième partie, le domaine de la loi du marché financier. On a alors soutenu que la loi du marché financier s'appliquait différemment selon qu'étaient en cause les émetteurs, ou les investisseurs. En effet, dans le premier cas, la loi du marché financier s'applique le plus souvent afin de protéger les investisseurs ; son titre de compétence est alors celui reconnu à la loi du lieu de sollicitation. Dans ces conditions, elle n'entend pas soustraire à la loi de l'émetteur sa prééminence quant à l'émission des titres ; tout au plus impose-t-elle des prescriptions matérielles, du respect desquelles elle fait la condition de l'admission à la négociation. Elle attache toutefois des conséquences aux *negotia* représentés par les titres dès qu'ils ont une incidence sur le contrôle de l'émetteur, et peuvent dès lors affecter le fonctionnement de la société, mais également celui de l'éventuelle procédure de restructuration. Ces deux aspects, propres aux rapports de la loi du marché financier avec l'émission de titres, sont ceux où les objectifs de fonctionnement du marché s'ajoutent à ceux de la protection des investisseurs. La loi du marché financier est traditionnellement seule compétente afin de régir la commercialisation de titres

étrangers sur son territoire, celle-ci ayant pour conséquence d'imposer l'établissement d'obligations d'information à la charge de l'émetteur. Nous avons défendu l'idée selon laquelle la poursuite de l'objectif de protection des investisseurs a une influence sur le régime international de ces règles : elles sont susceptibles de s'autolimiter lorsque la réglementation d'origine de la société prévoit une protection équivalente. La thèse soutient néanmoins que ces règles ne devraient pas avoir pour conséquence de limiter la compétence de l'autorité locale qui reste la mieux placée pour contrôler ces informations. De plus, les informations fournies devraient être de nature à engager la responsabilité de l'émetteur. La qualification de cette responsabilité est variable et dépendra, d'une part, de la propriété effective du titre financier en la personne du demandeur et, d'autre part, du fondement de sa demande. Si l'action en responsabilité de l'investisseur à l'encontre de l'émetteur est contractuelle, la loi applicable sera, selon les hypothèses, celle du contrat issu de l'acceptation de l'offre au public, ou du contrat d'émission, et la juridiction compétente dépendra de la présence d'une clause d'élection de for ou de la présence d'un consommateur. La thèse estime en revanche que si l'action en responsabilité est délictuelle, l'ordre juridique du lieu du délit bénéficiera d'une compétence globale, lorsque ses résidents ont été sollicités, afin de réparer le préjudice qu'ils ont subi, c'est-à-dire l'altération effective de leur décision d'investissement.

Lorsqu'elle s'applique aux investisseurs, la loi du marché financier poursuit la finalité de bon fonctionnement de ce marché. C'est en ce sens qu'il existe une *lex mercatus*, constituée des règles relatives au fonctionnement du marché financier et soumise à la loi de la plate-forme de négociation. Cet ensemble législatif est en premier lieu fait des obligations qui pèsent sur le gestionnaire du marché et ses membres afin d'inciter à la négociation et de permettre la formation du prix ; il ne s'étend cependant pas aux contrats conclus entre les membres et leurs clients. La protection de ces derniers est en effet assurée par les règles de bonne conduite applicables au titre du statut professionnel des membres, indépendamment de leur qualité de membre. En deuxième lieu, la *lex mercatus* s'identifie à la réglementation des opérations de marché, aussi bien celles qui ont trait au contrôle de l'émetteur, c'est-à-dire le droit des franchissements de seuil et des offres publiques, que celles qui visent à éviter l'altération artificielle du prix, telles que les règles relatives au rachat d'actions par la société ou la vente à découvert. On a soutenu que l'ensemble de ces règles devraient être soumises à la seule loi du marché financier, plutôt qu'à un panachage inadéquat avec la *lex societatis*. En troisième lieu, la *lex mercatus* est constituée de la prohibition des abus de marché. Ces règles, entre le fonctionnement du marché et la répression de comportements délictueux, sont soumises à la loi pénale. On a défendu l'idée selon laquelle les abus de marché se comprennent à la lumière de la compétence réelle et qu'ils devraient lui être soumis dès qu'une plate-forme française de négociation est affectée. De façon subsidiaire, la compétence réelle pourrait être employée lorsqu'une plate-forme de négociation européenne est troublée et que l'autorité française est la mieux placée pour agir, notamment dans les cas où l'Autorité des marchés financiers est récipiendaire d'informations de nature à détecter les abus de marché. Les abus de marché subissent néanmoins les interférences inévitables du droit pénal international qui rendent souhaitable, dans certaines hypothèses résiduelles, d'appliquer la réglementation locale des abus de marché à des infractions commises sur des marchés étrangers afin d'éviter une éventuelle impunité des Français.

Le statut des instruments financiers. Le statut des instruments financiers est, à première vue, indépendant de la loi du marché financier. Celle-ci fait néanmoins sentir

son influence en liant le sort des instruments aux autres infrastructures de marché, le système de règlement des titres et le système de compensation. Dans le cas des titres financiers, la thèse espère avoir montré qu'en imposant aux émetteurs de déposer leurs titres auprès d'un dépositaire central, la loi du marché financier rendait paradoxalement instable leur rattachement patrimonial. En effet, ce dernier est aujourd'hui soumis à des critères qui ont pour effet de démultiplier les lois applicables à leur transfert. La thèse démontre que ces critères, nés sous l'empire du système de détention directe, n'étaient pas nécessaires, et étaient même manifestement nocifs, alors qu'il était possible et très souhaitable de soumettre les titres financiers à une loi unitaire, celle du siège du gestionnaire du registre ou du système de règlement des titres du dépositaire central.

Le statut des contrats financiers répond quant à lui à la dynamique propre au droit interne des contrats, entre liberté contractuelle et ordre public. Projeté dans l'ordre international, l'ordre public épouse toutefois des chemins méthodologiques différents selon les intérêts en cause. Tout d'abord, il restreint la liberté de choix de loi aux contrats véritablement internationaux, et l'évince en présence d'un consommateur. Ensuite, il intervient afin de protéger les résidents contre des contrats dont les enjeux dépassent souvent la compréhension des néophytes. L'ordre public agit en droit français non à travers l'édition d'un régime d'incapacité, mais à travers les règles professionnelles, auxquelles sont soumis les démarcheurs et les entreprises d'investissement, et qui sont applicables indépendamment de la *lex contractus*. De plus, les contrats financiers présentent la particularité de pouvoir perturber le fonctionnement des sociétés et des marchés financiers ; les lois présidant à leur fonctionnement sont alors susceptibles, dans un esprit de réciprocité, de perturber la formation ou l'exécution de ces contrats. On a soutenu qu'elles peindraient cependant le plus souvent à s'appliquer au contrat lui-même, et gagneraient plutôt à sanctionner les personnes qui les concluent. C'est néanmoins afin de protéger l'ordre juridique tout entier que l'ordre public est le plus intense, et justifie la soumission des contrats financiers à des règles prudentielles. Celles-ci sont applicables en fonction du siège des intervenants, et imposent l'intervention d'une chambre de compensation, dont le fonctionnement conditionne la possibilité même du choix de loi. Elles étoffent le domaine de la catégorie prudentielle esquissée lors de l'étude du statut des gestionnaires.

Essai sur la délégation de pouvoirs à l'aune du mécanisme et de la théorie de la *prokura*. Contribution à la théorie de la représentation civile et commerciale

Morgane Briand,

Docteur de l'Université Paris-Panthéon-Assas

La délégation de pouvoirs et la *prokura* germanique permettent à des dirigeants de sociétés de se substituer à un tiers dans l'exercice de certaines prérogatives.

Le champ des institutions comparées ne se recoupe que partiellement : la *prokura* (procurator commerciale au sens de *Vollmacht*) intéresse, par définition, exclusivement la sphère sociale externe (les relations que noue la société avec les tiers) et elle ne confère en elle-même aucun pouvoir de gestion ni n'attribue aucune fonction dans l'ordre interne (qu'elle soit managériale ou technique). Son titulaire n'en dispose pas moins, vis-à-vis des tiers, de pouvoirs comparables à ceux appartenant aux dirigeants au titre de leur mandat social. L'institution de la délégation est au contraire réputée constituer - pour la quasi-unanimité des auteurs - un mécanisme unique qui embrasse l'ensemble des facettes du pouvoir directorial, interne comme externe.

En France, en dépit de l'incontestable utilité pratique de la délégation et de son ancienneté, sa nature et son régime demeurent très controversés. En particulier, les réponses aux questions qu'elle suscite se rejoignent rarement selon que le mécanisme est appréhendé par la doctrine commercialiste, travailliste ou pénaliste¹. Également, les différentes chambres de la Cour de cassation retiennent chacune une définition propre du délégataire.

L'absence de critères clairs et univoques permettant, d'une part, d'établir les conditions de mise en œuvre de la délégation et, d'autre part, de distinguer sa variété d'objets et d'effets, est assurément source de méfiance et d'incertitudes pour la pratique et donc dangereuse pour la sécurité juridique. L'ambivalence que suscite ce mécanisme peut être parfaitement résumée par le thème d'un colloque récemment organisé autour de cette technique : « La délégation de pouvoir dans l'entreprise : nécessité et dangers »². Cette méfiance contraste avec la perception du titulaire d'une *prokura* (fondé de pouvoir ou « *Prokurist* »), auquel la doctrine assigne le rôle d'« *alter ego* » de l'entrepreneur, et ce dès la fin du XIX^{ème} siècle. Les principales caractéristiques de cette procurator (pouvoir de représentation) spéciale, systématisées dès cette époque, demeurent par ailleurs inchangées. Cette stabilité témoigne de l'efficacité de cette institution et explique son hégémonie contemporaine en Europe : elle est connue, à ce jour, d'une quinzaine de législations européennes³.

¹ Ceci concerne des questions aussi fondamentales que son caractère unilatéral ou conventionnel, son effet ou absence d'effet translatif, son étendue, son caractère conjoint ou individuel ou encore sa soumission à des formalités de publicité.

² « La délégation de pouvoir dans l'entreprise : nécessité et dangers », colloque Dijon, 16 mars 2012, RLDA 2012, n° 72.

³ La *prokura* est d'abord empruntée par plusieurs législations sous l'influence du droit germanique au début du XX^{ème} siècle. En sus du droit polonais, c'est le cas des droits autrichien, suisse, mosellan et liechtensteinois. Son ascendant s'est récemment accentué. Les années 1990 sont en effet témoins de la refonte du droit des pays de l'ex-bloc soviétique, lesquels s'inspirent notamment du droit allemand pour forger des instruments nécessaires à une économie de marché. La plupart des codifications qui ont suivi la transition démocratique de ces pays consacrent ainsi la *prokura* dans leur système juridique (les neuf pays concernés sont la République tchèque, la Slovaquie, la Bulgarie, la Serbie, la Croatie, la Slovénie, la Lituanie, la Lettonie, l'Estonie, ainsi que la Hongrie). La *prokura* a également été adoptée dans les pays scandinaves (Danemark, Norvège, Finlande, Suède).

La perspective offerte par la théorie allemande de la représentation a permis de mettre en lumière que c'est dans le prisme d'analyse de la délégation de pouvoirs que se trouve la source des difficultés rencontrées. D'après la quasi-unanimité de ses définitions doctrinales, ce mécanisme habilite une personne à exercer **le pouvoir de direction au nom et pour le compte** d'un entrepreneur. Il en résulte que la construction et l'analyse de la délégation de pouvoirs imitent essentiellement, *de lege lata*, la théorie moniste du contrat de mandat retenue en droit civil. Conformément à cette théorie, propre au droit français, le rapport interne (entre le constituant et son représentant, qui renvoie à ce que le second accomplit pour *pour le compte* du premier) et externe (entre le constituant et les tiers, à raison des actes conclus *au nom* du constituant par le représentant) sont réputés constituer les deux facettes [inséparables] d'un rapport de droit unique (*le mandat, la délégation*).

En droit commun, il apparaît que la théorie moniste, formellement consacrée en 1804, s'est bâtie sur une ellipse conceptuelle de l'objet interne du mandat. En conférant au mandataire le « pouvoir de faire quelque chose » (selon la lettre de l'article 1984 du Code civil), ce contrat lui confère également, et nécessairement, la *mission* ou charge de l'accomplir. Par exemple, le pouvoir dont dispose un intermédiaire de vendre le bien d'autrui repose nécessairement, *ab initio*, sur la volition du propriétaire, non pas de conférer ledit pouvoir, mais, plus prosaïquement, de vendre son bien. L'occultation de cet objet endogène apparaît comme une aporie puisque, pour reprendre les termes de Monsieur Didier, la représentation n'est « *jamaïs qu'un moyen (...), un accessoire au service d'une mission* [le principal (!)] »⁴, qui, du reste et par la force de la logique, précède conceptuellement celle-ci. Cette charge ou mission - qui constitue l'objet exclusif du mandat dans le modèle germanique - ne peut en outre se concevoir que dans le rapport bipartite interne (entre le mandant et le mandataire).

Au regard d'une certaine tendance doctrinale à défendre l'inclusion dans le champ de la représentation de catégories de personnes et d'actes qui en sont traditionnellement exclus (les *responsables* et les actes *matériels*), il est également apparu que la naissance d'un rapport externe dans la responsabilité a pour fondement l'exercice d'une *fonction* ou *mission* « pour le compte » d'autrui là où, en matière de représentation, le rapport externe naît de l'exercice d'un *pouvoir* « au nom » d'autrui⁵. Les fautes imputées au mandataire se trouvent en effet systématiquement appréciées par les juges en considération de la *mission* que ce dernier s'est vu octroyer. Il en va de même dans le contentieux intéressant la responsabilité civile du préposé – où ce référentiel est tantôt qualifié de mission, tantôt de fonction – et du dirigeant.

Dans le contexte sociétaire, il est possible de rattacher cet objet endogène et irréductible à la catégorie juridique de la fonction, entendue comme un poste de service, une tâche qui est assignée (« déléguée ») dans l'ordre interne⁶. Par exemple, le pouvoir

⁴ Ph. DIDIER, « Rapport de synthèse », in D. MAZEAUD, R. SCHULTZE et G. WICKER (dir.), *La représentation en droit privé, 6èmes Journées franco-allemandes*, 1^{ère} éd., Société de législation comparée, vol. 26, 2017, pp. 231-232.

⁵ V. déjà en ce sens M. STORCK, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, préf. D. HUET-WEILLER, L.G.D.J., coll. Bibl. de droit privé, t. 172, 1982, n° 269, p. 202.

⁶ Si la catégorie juridique du pouvoir est depuis longtemps établie en doctrine (il s'agit de prérogatives finalisées), ce n'est que récemment qu'un auteur a démontré que la notion de fonction renvoie en vérité à une catégorie juridique à part entière : v. C. MANGEMATIN, *La faute de fonction en droit privé*, Dalloz, , vol. 135, 2014, n° 92, p. 96.

d'embaucher et de licencier, qui se manifeste dans la sphère externe, a pour fondement, dans la sphère interne, une fonction de gestion des ressources humaines⁷.

L'analyse empirique de la délégation de pouvoirs révèle d'ailleurs précisément que c'est sous l'angle de la fonction que la délégation était initialement envisagée par la chambre criminelle : la notion de délégation était employée en relation avec un "service" ; ce n'est que dans un second temps que la construction syntaxique "délégation de pouvoir(s)" est apparue.

En sus de l'ellipse conceptuelle sur laquelle la théorie moniste s'est construite (la *mission* ou charge d'agir au nom d'autrui s'est fondue dans le *pouvoir* correspondant), cette théorie souffre de failles manifestes, déjà dénoncées en doctrine, et que la présente étude aura permis de confirmer. D'un point de vue théorique, il s'agit de l'impossibilité de systématiser dans leur intégralité les règles internes et externes – constat qui s'appuie lui-même sur celui, plus éloquent, de l'existence de certaines règles qui, de par leur nature, revêtent une dimension purement interne ou externe.

Le champ notionnel et les catégories d'actes que chacun de ces deux rapports a vocation à appréhender diffèrent également. Comme le relève Monsieur Didier, « *la mission [...] comprend plus que ce qui est dans le périmètre de [l'] habilitation à engager le représenté. Les rapports interne et externe ne se recouvrent pas exactement [...] ; le rapport interne est toujours plus large que le rapport externe* »⁸. Par exemple, les actes de procédures diligentés par un avocat s'inscrivent dans une mission plus large de défense des intérêts du client. Pour cette raison, si seul un acte juridique peut faire l'objet d'un *pouvoir* de représentation, le champ de la mission (et de la fonction) le dépasse et peut s'étendre à tout ce qui a été accompli à son occasion, qu'il s'agisse d'un fait du représentant ou de l'accomplissement d'actes matériels accessoires à l'opération juridique envisagée. Ces actes sont toujours réalisés *pour le compte* du donneur d'ordre (ou, du moins, ils puisent leur origine dans une activité menée pour son compte), et jamais en son nom.

La théorie moniste pêche également par sa faible résonance pratique. Dans la pureté du principe, cette théorie conduit à rattacher non seulement la représentation au mandat, mais aussi, inversement, le mandat à la représentation (le postulat de l'indivisibilité induit que le monisme va « dans les deux sens »). Ceci revient à prédéterminer, à travers les règles du mandat, les conditions d'exercice de **toute mission** effectuée par le biais de la représentation. Or, le besoin de conclure un acte « au nom de » peut se faire sentir dans d'innombrables hypothèses (selon que l'activité sous-jacente est avant tout juridique ou matérielle, que celle-ci s'inscrive dans une relation amicale, professionnelle, commerciale, subordonnée etc...). Si le contrat de mandat apparaît comme le cadre naturel de déploiement de la technique de la représentation, il ne saurait ainsi épuiser, à lui seul, l'ensemble des situations dans lesquelles le besoin de représentation peut se faire sentir, et donc les soumettre à son régime particulier (présomption de gratuité, révocation *ad nutum* (de la charge qui cause le pouvoir de représentation), règles de responsabilité du mandataire).

⁷ La dénomination « délégation de pouvoirs » et l'interprétation selon laquelle la délégation porte uniquement sur l'exercice de *prérogatives juridiques* (conformément à l'acception bien établie de la notion de pouvoir) repose ainsi manifestement sur une ellipse conceptuelle similaire à celle qu'il a été possible de mettre en évidence à propos du mandat de droit commun.

⁸ Ph. DIDIER, « Rapport de synthèse », op. cit., p. 232.

Les lacunes de l'appréhension unitaire du mandat et de la représentation expliquent que la théorie germanique dualiste ait déjà trouvé écho au sein de la doctrine française à propos du mandat de droit commun⁹, lorsqu'elle dénonce par exemple l'impossibilité de systématiser les règles « internes » et « externes » des articles 1984 et s. du Code civil¹⁰, ou le caractère inadapté, pour certaines situations de représentation, des règles propres au mandat¹¹, ou encore qu'elle nie le caractère conventionnel de l'habilitation du représentant.

D'un point de vue matériel, le contenu des nouvelles dispositions dédiées au mécanisme de représentation est susceptible de remettre en cause la portée de la théorie moniste dans notre législation interne. Derrière l'apparente continuité de la nouvelle réglementation, avec son bagage conceptuel traditionnel, il apparaît en effet que les nouveaux textes sont en réalité à même d'inaugurer l'accession à l'autonomie juridique du *pouvoir* de représentation (relatif aux rapports externes) par rapport à son *support interne* causal de référence, qu'il soit qualifié de mandat ou de « contrat de représentation [directe] », comme dans l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux. Concrètement, avec les règles nouvelles, la distinction formelle entre la charge ou mission d'agir au nom d'autrui d'une part, et le pouvoir correspondant, d'autre part, devient véritablement possible, chacun de ces deux éléments faisant désormais l'objet d'une réglementation propre. Une lecture fidèle des nouveaux textes invite en ce sens à ce que, dorénavant, seule référence soit faite à cette notion (soit au « *pouvoir* de représentation ») et aux règles éponymes afin de désigner et régir l'habilitation d'un représentant.

L'analyse de la délégation sous le prisme de la théorie dualiste se situe dans le prolongement de ce courant doctrinal « séparatiste » et de cette évolution législative récente : elle en transpose les postulats en droit des sociétés.

Comme dans un revers de miroir, il apparaît qu'en droit des sociétés, la théorie dualiste est en vérité d'ores et déjà mise en œuvre dans les textes. Cette théorie – soit le principe de dissociation des rapports interne et externe – correspond à ce qu'on appelle communément, en France, le « système de la représentation légale » mis en place à l'égard des dirigeants de sociétés commerciales à partir de la loi de 1966 et apparu en germes dans la loi de 1925, avant d'être étendu, en 1978, aux dirigeants de sociétés civiles. En soumettant à un régime différent l'étendue des pouvoirs des mandataires sociaux vis-à-vis de la société d'une part (loi des parties) et vis-à-vis des tiers d'autre part (ordre public sociétaire), le législateur français a formellement acté la césure entre les deux sphères sociales interne et externe – et donc les rapports de droit interne et

⁹ Étant précisé que les théoriciens contemporains de la structure dualiste du mandat en droit français ne tirent pas une conclusion univoque de leurs observations. Les uns concluent que, bien que « *théoriquement séparables l'un de l'autre* », les deux rapports de droit sus-évoqués n'en demeurent pas moins « *indivisiblement combinés pour sa qualification* [en contrat de mandat] » (*ergo*, le critère de la représentation demeure dans cette conception un élément essentiel de ce contrat) : J.-F. QUIEVY, *Anthropologie juridique de la personne morale*, préface de D. R. MARTIN, L.G.D.J., coll. Bibl. de droit privé, t. 510, 2009, n° 120, p. 208 (et, dans le même sens, A. GILSON-MAES, *Mandat et responsabilité civile*, sous la dir. de C. PERES, thèse dactyl., 2013, n° 149 et 150). Les seconds considèrent au contraire que le pouvoir de représentation conventionnel peut exister en dehors du contrat de mandat : T. GENICON, « Mandat et représentation », in B. REMY (dir.), *Le mandat en question*, Bruylant, 2013 ; Ch.-W. CHEN, *Apparence et représentation en droit positif français*, L.G.D.J., coll. Bibl. de droit privé, t. 340, 2000, n° 43, pp. 28-29.

¹⁰ Le même constat s'évince de l'analyse des dispositions relatives au mandat contenues dans l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux.

¹¹ V. p. ex. N. FERRIER, « La représentation en droit de la distribution en droit français », in D. MAZEAUD, R. SCHULTZE et G. WICKER (dir.), *La représentation en droit privé, 6èmes Journées franco-allemandes*, *op. cit.*, p. 175.

externe corrélatifs. Cette césure apparaît de manière encore plus nette chez les acteurs dotés, en application des textes, d'attributions purement externes : ainsi des présidents de SAS et de SA dualistes, ainsi que des directeurs généraux et directeurs généraux délégués de SAS ou de SA classiques.

La théorie dualiste épouse en vérité parfaitement le processus particulier d'expression de l'être moral – découlant de sa structure abstraite et complexe –, ce qu'il est possible de mettre en évidence en comparant son mode d'action par rapport à celui d'une personne physique.

L'accomplissement d'un acte juridique par une personne physique présuppose une volonté *interne* (décision intellectuelle) et une volonté *déclarée* (extériorisation de cette décision). Les mêmes étapes se retrouvent lorsque l'on analyse le processus d'expression de l'être moral, constitué d'une phase au cours de laquelle « *les organes sociaux élaborent et déterminent la volonté sociale* [volonté « interne »] *puis l'extériorisent* [volonté « externe »] »¹². Cependant, là où, chez les personnes physiques, ces « deux volontés » (ou ces deux sphères : la sphère « intellectuelle et psychique » (interne) d'une part, et la sphère « déclarée », extériorisée, donc externe, d'autre part) se « *confondent en un tout indissociable* »¹³, les règles encadrant le fonctionnement de la personnalité morale opèrent, entre ces deux versants, une césure qui tient compte de sa nature abstraite et complexe : le droit encadre en effet son fonctionnement intérieur et les conditions d'élaboration de sa volonté interne (en écho au processus intellectuel décisionnel interne de la personne physique) ainsi que les conditions d'expression de cette volonté dans l'ordre externe.

La première étape correspond au pouvoir de décision ou de gestion, et la seconde au pouvoir d'exécution ou de représentation. Ces deux versants sont au demeurant expressément mentionnés dans la définition des pouvoirs des organes de direction en Allemagne et en Pologne¹⁴, à la différence, il est vrai, du droit français, dans lequel la formule selon laquelle l'organe directorial dispose des « *pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société* » se trouve employée de manière générique pour désigner l'ensemble des attributions des dirigeants, quelle que soit la forme sociale considérée.

La formulation choisie par le législateur français se comprend toutefois aisément lorsqu'on la replace dans le contexte dans lequel elle est apparue, c'est-à-dire au sein de la loi de 1925 relative aux SARL, donc à une époque où la théorie moniste (soit le principe d'indivisibilité des rapports interne et externe) déteint pleinement sur la réglementation des pouvoirs des organes de direction. De la même manière qu'en droit commun, où la représentation, simple *accessoire* du mandat, a conduit, du fait de son enchevêtrement dans ce contrat, à l'ellipse du principal (la mission sous-jacente, objet du mandat proprement dit) ainsi qu'à une convergence de ces deux concepts, par métonymie, les pouvoirs externes des dirigeants, pourtant simples pouvoirs d'exécution d'une décision de gestion interne, sont apparus en France comme formant la substance ou l'essence de la gouvernance sociale. D'un point de vue terminologique, la

¹² S. FRANÇOIS, *Le consentement de la personne morale*, préf. de B. Fages, L.G.D.J., coll. Bibl. de droit privé, t. 601, 2020, n° 81, p. 59.

¹³ J. GRYKIEL, *Powstanie prokury*, C.H. Beck, Warszawa, 2008, p. 72 (notre trad.).

¹⁴ Qui visent, d'un côté, le pouvoir de « conduire les affaires de la société » et de l'autre, celui de la « représenter ».

systematisation opérée entre le *mandat* et le ***pouvoir*** a fait corrélativement disparaître le diptyque *mission* / ***gestion*** qui lui est sous-jacent.

La théorie dualiste transcende la réglementation des pouvoirs des organes de direction. Dans la mesure où le délégataire se substitue – du moins en partie – dans le rôle de ces derniers, cette technique ne peut, pour être correctement appréhendée, qu'épouser la dichotomie relevée.

Distinguer et situer ce qui relève de la fonction, d'une part, et du pouvoir de représentation d'autre part, revêt de multiples intérêts. Cette approche permet de concilier les solutions parfois contradictoires retenues en doctrine et en jurisprudence au sujet de « la » délégation de pouvoirs, en distinguant le régime applicable dans la sphère interne (délégation fonctionnelle) et dans la sphère externe (pouvoir de représentation, nouvellement réglementé aux articles 1153 et s. du Code civil), étant entendu que les enjeux de sa mise en œuvre dans chacune de ces deux sphères ne sont pas les mêmes.

La confrontation de la délégation, dans la sphère externe, et de la *prokura* (procurator « formelle » (publique), à l'étendue légalement déterminée) conduit à revisiter les critiques dont la première fait constamment l'objet : son caractère opaque et imprévisible.

La distinction proposée permet encore de mieux identifier la personne responsable (le chargé de fonction, celui qui ***doit***) par rapport au simple représentant (celui qui ***peut***). Il existe par exemple deux manières d'appréhender l'acte de déclaration de la cessation de paiement de l'entreprise : en tant que *pouvoir* ou prérogative d'une part, et en tant qu'obligation – ou *fonction* – d'autre part. Au bénéfice de cette distinction, il devient possible d'accepter qu'une personne autre que le chef d'entreprise soit seulement *matériellement* en mesure d'accomplir des actes inhérents à l'exercice d'un mandat social (sur le fondement d'un *pouvoir*), sans pour autant conclure que leur accomplissement relèverait de sa *fonction*, et donc de sa responsabilité.

Le droit processuel de la responsabilité civile dans un système de droit mixte (Thaïlande)

Supakanya Khangrang,

Lecturer, Université publique à Khon Kaen

Le système juridique thaïlandais est classé dans la catégorie des pays du droit civil en raison de la tradition de codification du droit. Quant à la procédure civile, il est très courant d'entendre des juristes thaïlandais affirmer que le droit thaïlandais relève d'un « système accusatoire » au motif que celui qui allègue un fait doit le prouver sans pour autant prendre en compte d'autres critères, et ce alors que le principe selon lequel celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver (*affirmanti incumbit probatio*) est un principe général partagé par les systèmes civiliste et anglo-saxon. Or, la différence entre les systèmes accusatoire et inquisitoire **Erreur ! Signet non défini.** concerne l'étendue des pouvoirs du juge et le rôle des parties dans un procès. Le sujet implique l'étude de trois principales branches du droit, à savoir le droit de la procédure, le droit substantiel de la responsabilité civile et le droit comparé. En France et en Thaïlande, le caractère accusatoire est plus marqué dans un procès civil, tandis que le caractère inquisitoire prédomine dans un procès pénal. Au contraire, dans les pays anglophones, la procédure accusatoire prédomine aussi bien dans le procès civil que pénal. En ce sens, il n'existe pas de système juridique purement accusatoire ou purement inquisitoire. Le caractère mixte du droit thaïlandais peut être expliqué par l'évolution de ce système juridique et par l'influence qu'ont exercée les pays occidentaux sur la Thaïlande à l'époque de la colonisation. Ce caractère mixte du droit processuel de la responsabilité civile thaïlandais peut être analysé à travers plusieurs éléments.

1. L'abandon de la procédure de *Leap-frogging* d'inspiration anglo-saxonne, un rapprochement vers le concept civiliste de la procédure : L'étude de l'office du juge au regard de l'objet du litige nous permet de voir plus clairement quel rôle le juge thaïlandais joue par rapport au juge français. Le relevé d'office des questions de droit et de fait est une question centrale pour connaître concrètement le rôle du juge thaïlandais et comprendre pourquoi le droit processuel de la responsabilité civile thaïlandais peut être qualifié de mixte. Le juge thaïlandais relève rarement d'office les questions de droit et de fait. Cependant, suite à la loi modificative de la procédure civile de 2015, le rôle du juge thaïlandais s'est rapproché de celui du juge français. De manière générale, on affirme que le système juridictionnel thaïlandais s'inspire du système juridictionnel anglais. Cependant, il existe des indices montrant que cette similarité ne pourrait être que partielle et que le système juridictionnel thaïlandais semble s'inspirer également du système de droit romano-germanique. À cet égard, plusieurs observations peuvent être formulées.

Nous observons, d'abord, la terminologie d'« appel » employée pour les voies de recours devant les juridictions supérieures. Le système de pourvoi en Dika thaïlandais semblait être inspiré en partie par le système anglais. En particulier, cette inspiration se trouve dans l'ancien article 223 *bis* du Code de procédure civile, abrogé en 2015. Cette disposition offrait la possibilité d'interjeter un appel direct devant la Cour de Dika, qui est une juridiction de dernier ressort.

En droit anglais, le mécanisme de *Leapfrog appeal* est organisé par les sections 12 à 16 de l'*Administration of Justice Act 1969*¹. Ces dispositions autorisent un appel direct devant la Cour Suprême pour les affaires déjà entendues par les tribunaux de première instance, notamment, la Haute Cour de justice (*High Court of Justice*) en sa qualité de tribunal de première instance, la Cour d'appel ou l'organe de contrôle judiciaire en Angleterre et au Pays de Galles ou la Haute Cour en Irlande du Nord². Le mécanisme de *Leapfrogging* anglais permet de former un pourvoi direct devant la juridiction du troisième degré.

De même, l'ordre judiciaire thaïlandais fonctionne avec un système de double degré de juridiction dans lequel la Cour d'appel rejuge le fait et le droit dans son ensemble. Toutefois, la particularité consiste dans le fait que, en pratique, le juge de Dika thaïlandais peut statuer aussi bien sur le fait que sur le droit. La Cour de Dika est considérée comme une juridiction de troisième degré. Ici, son rôle ne consiste pas seulement à vérifier la bonne application de la loi, mais également à recommencer le processus judiciaire (« *retry* ») et ce contrairement au juge de cassation français qui ne peut statuer que sur les problèmes de droit et au juge de la Cour Suprême anglaise qui se comporte comme un juge d'appel (le système du double contrôle d'appel), où le recours en cassation n'existe pas. À la suite de la loi de 2015, l'accès à l'appel en Dika a été restreint. Il est donc possible de constater que, désormais, le système d'appel est soumis à un régime d'autorisation. Comme en droit anglais, l'appel en droit thaïlandais crée une nouvelle instance. Les juges de première instance et les juges d'appel sont des juges de droit et des juges de fait. Les juges d'appel jouissent des mêmes compétences et pouvoirs que les juridictions inférieures contre les décisions à l'encontre desquelles l'appel est formé³. L'appel sur les questions de fait est soumis à la condition du seuil pécuniaire de la demande⁴.

Depuis la réforme de 2015, les conditions du recours en Dika doivent se conformer à l'article 249 du Code de procédure civile selon lequel la Cour de Dika a un pouvoir d'autoriser un appel relevant d'une importance suffisante. Ce sont, notamment, des appels liés à l'intérêt public ou à l'ordre public, à la contradiction des jugements entre des tribunaux eux-mêmes ou entre des tribunaux et des cours supérieures ; à la contradiction de la jurisprudence ; aux questions importantes et nouvelles de droit lorsque la décision en Dika pourrait contribuer au développement de l'interprétation juridique, etc.⁵. Le nouvel article 251 illustre bien la volonté du législateur d'inciter le

¹ Il s'agit d'un recours devant les tribunaux d'Angleterre et du Pays de Galles. Un appel « Leapfrog appeal » est une forme d'appel spéciale dans laquelle une affaire qui a été entendue par la Haute Cour en sa qualité de tribunal de première instance, de cour d'appel fait l'objet d'un appel directement auprès de la Cour suprême (sans passer par la Cour d'appel).

² Administration of Justice Act 1969, Chapter 53, Part II Appeal from High Court to House of Lords, Sections 12-16.

³ J. A. JOLOWICZ, « Les appels civils en Angleterre et au Pays de Galles », *RIDC*, n° 2, 1992, p. 363.

⁴ Selon l'article 224, au cas où la valeur de la propriété ou le montant du litige ne dépasse pas cinquante mille Bahts ou ne dépasse pas le montant fixé par l'arrêté royal, aucun appel ne peut être interjeté sur des questions de fait, à moins qu'un juge du tribunal de première instance siégeant sur une telle affaire a donné une opinion dissidente ou a certifié qu'il existe des motifs raisonnables pour interjeter l'appel, ou, en l'absence d'une telle opinion dissidente ou certification, s'il existe une autorisation écrite du juge en chef du tribunal de première instance ou du juge en chef compétent de la région, selon le cas, l'appel sur les questions de fait devant la Cour d'appel est possible.

⁵ L'article 249 (nouveau) du Code de procédure civile thaïlandais « La Cour de Dika peut autoriser la demande de pourvoi en Dika en vertu de l'article 247 quand elle considère que la demande est d'une telle importance qui devrait être considérée par la Cour de Dika. Les questions d'importance en vertu du paragraphe 1 doivent inclure les circonstances suivantes :

juge de Dika à veiller à la bonne application de la loi. Désormais, si un recours contient une question de droit, le juge de Dika peut statuer seulement sur la question de droit et renvoyer l'affaire devant les juridictions inférieures. Comme en droit français, la Cour de Dika ne statue que sur des questions de droit, elle peut renvoyer le fond de l'affaire au tribunal de première instance ou à la Cour d'appel selon les cas.

2. Le concept de cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle plus reconnu en droit thaïlandais qu'en droit français : Une autre similitude entre le droit thaïlandais et le droit anglais concerne le cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle. En effet, ce cumul est plus reconnu en droit thaïlandais qu'en droit français. Les juges thaïlandais sont souvent amenés à trancher des litiges relatifs au concours des responsabilités. De manière générale, la doctrine thaïlandaise est partisane du principe de non-cumul des responsabilités. Cependant, la jurisprudence thaïlandaise ne semble pas unanime en la matière. En présence d'un concours des responsabilités, le rôle du juge est particulièrement important. La ligne de partage entre les responsabilités extracontractuelle et contractuelle en droit thaïlandais n'est pas assez nette comme cela peut être le cas en droit français, en particulier en ce qui concerne la question du « cumul » de responsabilités.

Dans l'objectif de protéger la victime, il arrive que le juge lui accorde la possibilité de choisir le fondement de son action⁶. Dans certains cas, le juge thaïlandais se prononce en faveur du non-cumul ou de la non-option de responsabilités⁷. Dans certains cas, la Cour de Dika a prononcé la possibilité pour la victime de choisir le fondement de son action dans le but de la protéger. Par exemple, dans la décision n° 3814/2525, la Cour de Dika a donné une possibilité du choix du fondement de la prétention au demandeur en présence d'un « droit absolu » conformément à l'article 420 du Code civil et commercial⁸. Ainsi, dans cette décision, la Cour de Dika s'est référée à la notion de « droit absolu » de l'article 420 qui est un droit opposable à tous. L'article 420 envisage « un acte illégal entraînant un dommage à la vie, au corps, à la santé, à la liberté, à la propriété ou au droit quelconque d'une autre personne ». Au contraire, en matière contractuelle, les parties ne pouvaient pas choisir le fondement de leur action parce qu'ils n'étaient pas en présence d'un « droit absolu ». Étant donné que le domaine contractuel nécessite la volonté commune des deux parties, il ne pourrait être considéré comme un « droit absolu » dont son propriétaire peut disposer librement.

3. La tendance législative vers des dommages et intérêts punitifs et exemplaires : La faute semble avoir une place plus importante en droit thaïlandais qu'en droit français

(1) les questions d'intérêt public ou d'ordre public ;

(2) lorsque le juge ou l'ordonnance de la Cour d'appel comporte des points de droit importants qui sont en conflit avec la jurisprudence de la Cour de Dika ;

(3) un jugement ou une ordonnance de la Cour d'appel porte sur des points de droit importants qui n'ont pas encore été tranchés par un jugement antérieur ou par une ordonnance de la Cour de Dika ;

(4) lorsque le jugement ou l'ordonnance de la Cour d'appel est en conflit avec ceux des autres tribunaux ;

(5) lorsqu'il s'agit de développer l'interprétation juridique ;

(6) lorsqu'il y a d'autres questions d'importance prescrites par les provisions du président de la Cour de Dika [...].

⁶ La décision de la Cour de Dika thaïlandaise n° 5907/2533.

⁷ Les décisions de la Cour de Dika thaïlandaise n° 974/2492 ; 6882/2542 (déjà citée).

⁸ La décision de la Cour de Dika thaïlandaise n° 3814/2525.

à l'instar d'autres systèmes juridiques. Or, la place ou l'importance accordée à la faute pourrait avoir une conséquence sur le procès. Nous considérons que, plus la faute est dominante, plus le rôle du juge devient important pour caractériser l'existence d'une faute comme condition de la responsabilité. Dans ce cas, le juge sera tenu de constater une véritable faute et ne pourra pas accorder des dommages et intérêts pour la simple existence d'un préjudice.

L'étude des conséquences de la caractérisation d'une faute intéresse également la question de la révision des dommages et intérêts, ainsi que celle des voies de recours. Le rôle du juge est aussi primordial dans la recherche du fondement juridique en cas d'absence de disposition légale, notamment lorsque le juge thaïlandais est amené à statuer sur le préjudice moral.

En droit anglais, les dommages et intérêts ont également pour but de compenser la victime du préjudice. Selon Lord Blackburn, les « *'damages'* sont une somme d'argent qui mettra la partie qui a été blessée ou qui a souffert, dans la même situation dans laquelle elle aurait été si elle n'avait pas subi le préjudice pour lequel elle reçoit maintenant une indemnisation ou une réparation »⁹. Cependant, certains dommages sont non pécuniaires comme les dommages corporels, la diffamation ou encore l'emprisonnement illégal. En droit anglais, les dommages et intérêts poursuivent aussi une fonction punitive et exemplaire (« *exemplary* ») et une fonction de restitution¹⁰. Les dommages et intérêts visent non seulement à indemniser et à faire valoir les droits du demandeur, mais aussi à punir le défendeur, à l'inciter à ne pas commettre d'autres actes répréhensibles ou à tirer profit des bénéfices illicites de son comportement. Ici, l'accent est mis sur le comportement du défendeur plutôt que sur l'intérêt du demandeur¹¹.

Aujourd'hui, la tendance législative thaïlandaise est vers l'admission de dommages et intérêts punitifs et exemplaires. Certaines lois spéciales ont été adoptées en matière de responsabilité civile en reprenant le concept de dommages et intérêts punitifs et exemplaires de la *common law* telles que, par exemple, la loi relative au secret commercial de 2002 et la loi relative à la responsabilité pour les dommages résultant de produits dangereux de 2008. Lorsque la fonction des dommages et intérêts est d'être exemplaires ou punitifs, le juge doit prendre en considération les différents éléments pour déterminer le montant des dommages et intérêts, comme la gravité des faits, la durée du comportement fautif, etc.

4. Les actions en réclamation des dommages et intérêts et la transmissibilité de la créance indemnitaire : Les actions en réclamation des dommages et intérêts et la transmissibilité de la créance indemnitaire sont également des éléments importants qui illustrent le caractère mixte du droit processuel de la responsabilité civile thaïlandaise. Dans le domaine des actions en responsabilité civile, deux grandes questions se posent. D'une part, la question relative à la réclamation des dommages et intérêts et, d'autre part, la question relative à la transmission de l'action en réclamation. La question se pose alors de savoir s'il est possible de céder ou de transférer la créance indemnitaire ou l'action en réclamation à une tierce personne. La question de la transmissibilité de la créance indemnitaire ou du droit litigieux soulève plusieurs questions juridiques

⁹ *Livingstone v Ranyards Coal Co.* (1880) 5 App Cas 25 à 39.

¹⁰ U. MAGNUS (éd.), *Unification of Tort Law: Damages*, Kluwer Law International, 2001, pp. 53-54.

¹¹ C. VAN DAM, *European Tort Law*, Oxford University Press, 2013, pp. 350-352.

processuelles et substantielles intéressantes en raison de l'origine mixte du droit thaïlandais.

L'étude de la coexistence des concepts juridiques permettra de connaître les problèmes juridiques susceptibles de faire obstacle à la transmission de la créance indemnitaire. Le concept de transmission de la créance litigieuse est apparu en droit thaïlandais pour la première fois dans le projet de codification du Code civil et commercial. Au début, René Guyon, membre de la commission de codification du Code civil et commercial, avait rédigé une disposition relative à la transmission de créance litigieuse à l'article 279. À l'époque de la rédaction du projet, ce texte fut traduit du français à l'anglais. Il disposait que « si un droit est transféré pour une prestation réciproque alors qu'il fait l'objet d'un litige, le débiteur peut satisfaire le cessionnaire en remboursant à ce dernier la valeur de cette prestation, ainsi que les intérêts et les frais d'action en justice, le cas échéant : *« If a right is transferred for a reciprocal prestation whilst subject to litigation, the debtor can satisfy the transferee by reimbursing to such transferee the value of such prestation, together with interest and costs of action, if any »*¹². L'ancien article 279 du Code civil et commercial thaïlandais s'inspire du droit français, notamment de l'article 1699 du Code civil de 1804 (et toujours en vigueur), selon lequel « celui contre lequel on a cédé un droit litigieux peut s'en faire tenir quitte par le cessionnaire, en lui remboursant le prix réel de la cession avec les frais et loyaux coûts, et avec les intérêts à compter du jour où le cessionnaire a payé le prix de la cession à lui faite ».

En mars 1920, la commission a modifié la rédaction originale de l'article 279 dans le but de l'adapter aux circonstances de l'époque et pour mettre fin aux critiques des juristes thaïlandais. Ces derniers considéraient la cession du droit litigieux comme le « commerce du litige », ce qui portait atteinte au Code de déontologie des avocats thaïlandais de 1914. L'interdiction de la cession de créances litigieuses semble être inspirée du concept anglo-saxon de « *champerty* » qui consiste à interdire le commerce ou la transaction des actions en justice¹³. En droit thaïlandais, les doctrines de « *maintenance* » et « *champerty* » sont consacrées par la loi relative aux avocats de 1934 à l'article 12 (2). Cette disposition interdit la pratique selon laquelle un avocat accepte de plaider pour son client en échange du partage du bien litigieux dans le cas où son client gagnerait le procès. Plus tard, l'article 12 (2) a été abrogé par la loi modificative relative aux avocats de 1985. Cette loi ne prévoit pas de disposition interdisant cette pratique. Il en va de même pour le règlement du Conseil des avocats sur la conduite des avocats de 1986 qui ne prévoit aucune interdiction relative aux « *maintenance* » et « *champerty* ». Cependant, la jurisprudence thaïlandaise sanctionne toujours cette pratique sur le fondement de l'article 150 du Code civil et commercial selon lequel « un acte est nul si son objet est expressément interdit par la loi, s'il est impossible ou s'il est contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs ».

Dans une décision de 2012, la Cour de Dika a prononcé que « même si le règlement du Conseil des avocats sur la conduite des avocats de 1986 ne prévoit pas l'interdiction de la convention d'honoraire portant sur le partage du bien litigieux en cas du succès du procès, la convention conclue entre l'avocat et son client ayant pour objet le partage d'un bien litigieux porte atteinte à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Cette convention

¹² S. SUKSOMJAI, *La substitution par le transfert du droit à la réclamation en cas de faillite*, thèse de doctorat, Université de Thammasart, 2016, p. 11 [สุลักษณ์ สุขสมใจ « การเข้าสวมสิทธิอันเนื่องมาจากการโอนสิทธิเรียกร้องในคดีล้มละลาย », วิทยานิพนธ์มหาวิทยาลัย ทักษณินศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๕๘, หน้า ๑๑.]

¹³ A. PINNA, « La mobilisation de la créance indemnitaire », *RTD civ.*, Avril/Juin 2018, pp. 325-326.

est nulle conformément à l'article 150 du Code civil et commercial »¹⁴. Par conséquent, il est possible de constater que les doctrines de « *maintenance* » et « *champerty* » inspirées du droit anglais jouent encore une certaine influence dans le système juridique thaïlandais, mais le champ d'application de ces deux mécanismes se limite à la transmission de l'action au profit de l'avocat. Contrairement aux pays anglo-saxons, les mécanismes de « *maintenance and champerty* » s'appliquent à la transmission de l'action de manière générale, ils ne se limitent pas à la transmission de la créance au profit de l'avocat.

Bien que le droit thaïlandais ait repris le mécanisme de « *maintenance and champerty* » du droit anglais, ce mécanisme n'a pas évolué depuis son adoption ; son application reste toujours limitée aux avocats. Malgré l'interdiction de « *maintenance and champerty* », la réalité montre que les honoraires conditionnels se pratiquent dans l'exercice de la profession des avocats¹⁵. Il semble donc important d'adopter des règles qui correspondent à la réalité actuelle pour réglementer efficacement la pratique. En droit anglais, la doctrine de « *maintenance and champerty* » a continué d'évoluer. Le droit anglais autorise, aujourd'hui, la pratique des honoraires conditionnels (« *contingency fees* »). L'application du mécanisme de « *maintenance and champerty* » s'est assouplie avec l'adoption d'un contrôle sur les accords entre les parties.

La loi relative aux avocats de 1965 a attribué à l'Association du Barreau thaïlandais le pouvoir de délivrer des licences aux avocats. À l'origine, ce pouvoir appartenait au directeur général de la Cour d'appel¹⁶. Le pouvoir de délivrance des licences aux avocats a été conféré à l'Association du Barreau thaïlandais parce que, à l'époque, la volonté des législateurs était de suivre le modèle du barreau anglais. Une condition complémentaire pour être un avocat de premier ordre a donc été établie, c'est-à-dire, en plus d'avoir une licence en droit, il était nécessaire de réussir un examen du barreau pour devenir avocat de premier ordre. L'avocat de deuxième ordre ne pouvait exercer sa fonction que dans les provinces autorisées alors que les avocats de premier ordre pouvaient exercer leur métier dans tout le pays. Cependant, cette loi a été modifiée en 1971 en raison des objections des avocats de deuxième ordre. Le système de différents ordres d'avocats a été supprimé et l'examen du barreau n'est plus une condition nécessaire pour devenir un avocat. Le rejet des qualifications du barreau était le début de l'idée d'accorder aux avocats l'autonomie du contrôle de leur profession. En 1980, la loi du 19 décembre 1985 (พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528) est entrée en vigueur et valable jusqu'aujourd'hui. En 1986, le règlement relatif à la conduite des avocats a été adopté. La pratique des avocats doit également être régie par la déontologie de la profession connue sous le nom de « déontologie des avocats »¹⁷.

¹⁴ La décision de la Cour de Dika thaïlandaise n° 1584/2555.

¹⁵ S. THAWORNBOOK, *L'importance de l'avocat*, Bangkok : Thai Sampan, 1971, p. 206 [สุจริต ถาวรสุข, ทนายความพิสดาร ว่าด้วย ความสำคัญของทนายความ, โรงพิมพ์ไทยสัมพันธ์, ๒๕๑๔, หน้า ๒๐๖.].

¹⁶ S. CHAOWAPHANAN, « La révolution du système fonctionnel du Conseil des avocats », in *Le cours pour les officiers de la hiérarchie supérieure du système judiciaire*, Collège de la justice, Ministère de la justice, 1997, p. 8. [สมิทธิ์ เชาวานันท์, การปฏิรูประบบงานของสภาทนายความ งานวิจัยหลักสูตร ผู้บริหารกระบวนการยุติธรรมระดับสูง วิทยาลัยการยุติธรรม กระทรวงยุติธรรม พ.ศ. ๒๕๔๐, น. ๘.].

¹⁷ S. SRICHAROEN, *Archive des explications principales relatives à la profession des avocats : Avocats*, (préf.) de Sawaeng Boonchaleumwipas, Wiyuchon, 2007, p. 239. [สิทธิโชค ศรีเจริญ; แสง บุญเฉลิมวิภาส (บรรณาธิการ), รวมคำบรรยายหลักวิชาชีพทนายความ เรื่องหลักวิชาชีพนักกฎหมาย: ทนายความ, สำนักพิมพ์วิญญูชน, ๒๕๕๐, หน้า ๒๓๙.].

5. La transmission de la créance indemnitaire par voie subrogatoire : La cession à titre principal de la créance indemnitaire liée à la personne est expressément interdite par l'art. 446 du Code civil thaïlandais selon lequel « dans le cas où une personne cause des blessures au corps, à la santé, ou en cas de privation de liberté d'une autre personne, la personne lésée peut également demander une indemnisation des dommages pour une perte non pécuniaire. Ce droit n'est pas transmissible aux tiers ni aux héritiers, à moins qu'il ait été reconnu par une convention ou que l'action judiciaire avait déjà été introduite auparavant ». La créance indemnitaire ou le droit litigieux ne peut être transféré qu'à titre accessoire. Partant, si une action peut être transmise aussi bien à titre principal qu'à titre accessoire à condition que sa nature le permette¹⁸ et qu'elle puisse faire l'objet d'une saisie judiciaire¹⁹, la transmission de l'action en réclamation des créances indemnitaires concernée par l'article 446 est aussi interdite.

En vertu de l'article 1346-4 alinéa 1^{er} du Code civil, « la subrogation transmet à son bénéficiaire, dans la limite de ce qu'il a payé, la créance et ses accessoires, à l'exception des droits exclusivement attachés à la personne du créancier ». L'ordonnance de 2016 a en effet codifié la position jurisprudentielle²⁰. En matière de responsabilité civile, l'on parle de la subrogation personnelle, un mécanisme légal ou conventionnel consistant en « la substitution d'une personne à une autre dans un rapport de droit en vue de permettre à la première d'exercer tout ou partie des droits qui appartiennent à la seconde »²¹. Lorsqu'un assuré subit un dommage matériel ou corporel, cela ouvre droit à la garantie de son assureur et engage la responsabilité d'un tiers. L'assureur va exécuter sa prestation vis-à-vis de son assuré, puis il se retournera contre le tiers responsable²². La subrogation légale et la subrogation conventionnelle produisent les mêmes effets de transmettre la créance et ses accessoires. La transmission se limite au montant du paiement, elle peut être partielle ou totale. Le droit français fait la distinction entre la subrogation légale de droit commun, la subrogation conventionnelle de droit commun et la subrogation légale de droit spécial comme le droit des assurances.

En vertu de l'article 446 du Code civil et commercial thaïlandais²³, le droit à la réclamation d'une indemnisation pour le préjudice extrapatrimonial n'est pas cessible. Seule la créance indemnitaire liée aux biens est cessible. Par conséquent, en droit thaïlandais, la transmission de la créance indemnitaire n'est possible que par voie de subrogation. À la différence de la cession de créance, la subrogation est un transfert de créance qui intervient à titre accessoire à un paiement. Le Code civil et commercial thaïlandais fait la distinction entre la subrogation personnelle et la subrogation réelle. Selon l'article 226 du Code civil et commercial, « une personne qui est subrogée dans les droits d'un créancier est en droit d'exercer en son nom propre tous les droits que le créancier avait à l'égard de l'obligation, y compris toute sûreté qui en découlerait. Quant

¹⁸ L'article 303 alinéa 1 du Code civil et commercial thaïlandais « Une créance peut être transférée, sauf si sa nature ne le permet pas ».

¹⁹ L'article 304 alinéa 1 du Code civil et commercial thaïlandais « Un droit à la réclamation n'est pas transmissible s'il ne peut pas faire l'objet d'une saisie judiciaire ».

²⁰ V. par exemple Cass. com., 12 nov. 1985, Bull. IV n° 269 p. 226.

²¹ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 2020, p. 984, v° « subrogation ».

²² M. CHAGNY et L. PERDIX, *Droit des assurances (Manuel)*, LGDJ, 2014, p. 333.

²³ L'article 446 du Code civil et commercial thaïlandais « Dans le cas où une personne cause des blessures au corps, à la santé, ou en cas de privation de liberté d'une autre personne, la personne lésée peut également demander une indemnisation des dommages pour une perte non pécuniaire. Ce droit n'est pas transmissible aux tiers, ni aux héritiers, à moins qu'il ait été reconnu par une convention ou que l'action judiciaire avait déjà été introduite auparavant ».

à la subrogation réelle, une propriété est substituée à une autre dans la même position juridique que la précédente ». En outre, l'article 227 du Code civil et commercial prévoit que « lorsqu'un créancier a reçu à titre de réparation du dommage la valeur totale de la chose ou du droit qui fait l'objet de l'obligation, le débiteur est, de plein droit, subrogé dans la situation du créancier à l'égard de cette chose ou de ce droit par l'effet de la loi ».

La transmission du droit litigieux aussi autorisée en droit thaïlandais sauf dans la pratique professionnelle des avocats. Cette interdiction illustre bien l'influence du droit anglais sur le droit thaïlandais. Les règles relatives aux principes de « *champerty and maintenance* » sont toujours prévues dans le Code de déontologie des avocats. Bien que la transmission du droit litigieux soit, en général, autorisée, la transmission de la créance indemnitaire reste interdite par la loi. En droit français, la transmission de la créance indemnitaire est autorisée par la loi sauf pour certaines créances relevant du droit de la personnalité comme les dommages et intérêts résultant d'une atteinte au respect de la vie privée.

6. Le rôle d'arbitre du juge dans l'instruction du procès et la volonté de renforcer le rôle du juge thaïlandais : L'étude de l'instruction du procès va se concentrer sur la divulgation des éléments de preuve, c'est-à-dire la communication d'informations. Les parties doivent faire connaître les moyens de fait durant la période de l'instruction du procès. L'étude de ces éléments est intéressante parce qu'ils mettent en évidence les différences ou la spécificité de chaque système. L'analyse du système de la preuve permet également d'illustrer le caractère mixte du droit thaïlandais. Le droit de la preuve permet de bien illustrer l'influence de la culture sur le procès. La preuve serait nécessairement tributaire d'une conception du procès variable d'un pays à l'autre²⁴. Selon un auteur français, « le siège de cette matière se révèle être l'un de ceux où s'accusent le plus sensiblement les différences entre systèmes juridiques »²⁵. La présence des concepts civiliste et anglo-saxon en droit thaïlandais peut être observée à travers l'absence de l'obligation de divulguer l'intégralité des pièces, la possibilité d'intervention du juge en cas de nécessité, la possibilité pour les parties de désigner leurs propres experts et le rôle d'arbitre attribué au juge thaïlandais en présence des règles substantielles inquisitoires.

En droit thaïlandais, les parties ont une obligation de soumettre une liste d'éléments de preuve à la partie adverse et au juge. Cependant, à la demande d'une partie, le juge thaïlandais a un pouvoir d'ordonner la divulgation d'une pièce détenue par la partie adverse en application de l'article 104 du Code de procédure civile thaïlandais²⁶. En vertu de l'article 99 du Code de procédure civile thaïlandais, lorsqu'un juge considère que l'audition d'une personne, l'inspection d'un objet ou d'un lieu, ou la désignation

²⁴ L. CADIET et O. G. CHASE, « Culture et administration judiciaire de la preuve / The Culture and Science of Obtaining Information and Proof-Taking », in *Rapport général au XIIème congrès de l'Association internationale de droit judiciaire / International*, tome 1, Association of Procedural Law, C. Gomez Lara y M. Storme, XII Congreso Mundial de Derecho Procesal, Mexico, 2005, n° 46.

²⁵ X. LAGARDE, v° « Preuve », in L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la Justice*, PUF, 2004, p. 1033 et s.

²⁶ L'article 104 du Code de procédure civile thaïlandais « La Cour a tout pouvoir pour décider si les éléments de preuve présentés par les parties sont pertinents au regard de la question en cause et suffisants pour être considérés comme décisifs et rendre un jugement en conséquence. Dans l'appréciation du témoin verbal selon l'article 95/1 ou du procès-verbal de la déclaration dont le narrateur ne comparait pas devant le tribunal conformément à l'article 120/1 alinéas 3 et 4 ou comme tel dans l'article 120/2, la Cour doit le faire très soigneusement en tenant compte également de l'état, du caractère et de la source du témoignage ou de ladite déclaration pour déterminer la fiabilité d'une telle preuve ».

d'un ou plusieurs experts est nécessaire, il peut à tout moment du procès, d'office ou à la demande d'une partie, ordonner l'inspection, la nomination de tels experts ou l'audition de cette personne. Cependant, la loi thaïlandaise ne prive pas les parties de désigner leur propre expert pour témoigner en leur nom²⁷. Dans l'hypothèse où le juge estime nécessaire, pour établir la vérité, d'interroger un témoin à l'endroit où les faits se sont produits, il est tenu de notifier une convocation à comparaître au témoin en précisant le lieu, les données et l'heure à laquelle le témoignage aura lieu et où il sera entendu²⁸.

Aujourd'hui, plusieurs lois thaïlandaises imposent l'application du modèle procédural inquisitoire, notamment, les lois relatives au contentieux du droit du travail et au droit de la consommation. Cependant, le juge thaïlandais n'exerce guère ce pouvoir. Il se comporte toujours comme un arbitre et ne joue qu'un rôle neutre dans le procès. La passivité du juge est devenue une tradition au sein des tribunaux jusqu'à aujourd'hui. Plusieurs lois renforcent le rôle du juge en l'incitant à jouer un rôle plus actif dans l'instruction du procès et à l'audience. Toutefois, cela ne semble pas avoir un impact sur l'habitude du juge qui se perçoit toujours comme un arbitre. Les parties sont seules à fournir les éléments de preuve pour soutenir leurs prétentions ou pour voir rejeter celles d'autrui. Le juge thaïlandais prend rarement l'initiative d'interroger des témoins sous prétexte que cela peut porter atteinte à l'impartialité du juge²⁹.

Malgré l'influence anglo-saxonne en droit de la preuve thaïlandais, la procédure civile thaïlandaise privilégie la recherche de vérité. Cette observation se traduit par la position doctrinale, ainsi que la manière dont les juristes thaïlandais conçoivent l'objectif d'une procédure. La doctrine thaïlandaise est assez diverse en ce qui concerne le pouvoir inquisitoire du juge. La diversité doctrinale peut former un obstacle au renforcement du rôle du juge³⁰. Avant la loi modificative du Code de procédure civile n° 17 de 1999, le procès thaïlandais pour les petits litiges répondait à un modèle accusatoire caractéristique de la procédure de *common law*. La loi modificative de 1999 a réformé la procédure civile relative à la recherche de vérité pour les petits litiges qui ne présentent pas de difficulté particulière. Cette loi a imposé au juge un rôle actif dans l'instruction du procès ainsi que durant l'audience. Dans la phase d'instruction, lorsque le juge le

²⁷ L'article 99 du Code de procédure civile thaïlandais « Lorsque la Cour considère que l'inspection d'une personne, d'un objet ou d'un lieu ou la désignation d'experts selon les articles 129 et 130, est nécessaire, la Cour a le pouvoir, si elle le juge opportun à tout moment du procès, ou à la demande d'une partie selon des articles 87 et 88, d'ordonner l'inspection ou la nomination de tels experts. Aucune disposition de la présente section n'interdit à une partie quelconque d'appeler une personne ayant une expertise en la matière pour témoigner en son nom ».

²⁸ L'article 107 du Code de procédure civile thaïlandais « Si la Cour estime nécessaire, pour établir la vérité, de faire interroger un témoin à l'endroit où s'est produit le fait pour lequel son témoignage est requis, la Cour, le juge désigné ou la Cour nommée à cette fin, doit notifier une assignation à comparaître au témoin en précisant le lieu, les données et l'heure à laquelle le témoignage aura lieu, et il sera entendu en conséquence ».

²⁹ H. WITTHIRYAKUL, *L'avis du président de la Cour suprême administrative, La troisième discussion juridique sur l'application du modèle inquisitoire dans le tribunal thaïlandais : concept et la pratique judiciaire thaïlandaise du 29 mars 2011*, Hôtel Miracle Grand Convention, Bangkok, 2011, p. 74. [วิสุทธิ วิฑิตวิริยะกุล ประธานศาลปกครองสูงสุด เสนอากฎหมายเกี่ยวกับการปรับใช้ระบบไต่สวนในศาลไทย แนวคิด และทางปฏิบัติในกระบวนการยุติธรรม วันที่ ๒๕ มีนาคม ๒๐๑๑ โรงแรมมิราเคิลแกรนด์คอนเวนชั่น กรุงเทพฯ ๒๐๑๑ หน้า ๗๔.]

³⁰ W. BOONYOPAS, S. PHAENWICHIT et J. NAKIARERNWAREE, *Rapport du projet de recherche relatif au développement des procédures de la recherche de vérité devant la Cour de justice pour administrer la justice du peuple conformément à l'esprit de la loi*, Faculté du droit Chulalongkorn, 2015, p.11. [ธีระพงษ์ บุญโยภาส สุพิตรา แผนวิจิต จันทน์ นาคเจริญวารี งานวิจัย เรื่อง การพัฒนาระบบการพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรมในการค้นหาความจริง เพื่ออำนวยความสะดวกแก่ประชาชนตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย โดย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย เสนอต่อ สถาบันวิจัยและพัฒนาสภัด สำนักงานศาลยุติธรรม พ.ศ. ๒๕๕๘ หน้า ๑๑.]

considère utile et dans l'intérêt de la justice, il peut prendre l'initiative de recueillir par lui-même les éléments de preuve. Au prétoire, le juge peut choisir d'interroger le témoin en premier, peu importe que ce témoin soit cité par les parties ou appelé par le juge lui-même. Les parties et leurs avocats ne peuvent interroger le témoin qu'une fois que le juge a terminé l'interrogatoire. En outre, le juge peut poser des questions au témoin sur tout fait en rapport avec le litige sans que les parties le lui demandent³¹. En dépit des difficultés dans la mise en œuvre de la procédure inquisitoire, nous pouvons observer une volonté du juge thaïlandais de mettre en œuvre la procédure inquisitoire dans un arrêt de 2010 où le juge a exercé son pouvoir inquisitoire³².

7. Le système de la preuve caractérisé comme intermédiaire en droit thaïlandais : Le système de la preuve est un autre élément permettant de démontrer le caractère mixte du droit thaïlandais. La preuve peut être libre, légale ou intermédiaire. Un certain nombre d'éléments permettent de constater le caractère intermédiaire du système de la preuve thaïlandais. Le caractère intermédiaire du système probatoire thaïlandais peut être constaté à travers les éléments légaux et la coexistence de la doctrine anglo-saxonne et continentale en droit thaïlandais. Bien que le système de la preuve thaïlandais soit considéré comme un système de preuve légale, le régime de la preuve thaïlandais a aussi une certaine similarité avec le droit anglo-saxon. Contrairement au droit français qui impose la sélection préalable de la pièce, le contrôle de la preuve thaïlandais semble s'exercer *a posteriori* à travers le mécanisme de l'exclusion.

D'après Fabien Girard, les systèmes de contrôle de la preuve en droit civiliste et en droit anglo-saxon ne sont pas compatibles. Cet auteur explique la différence entre l'« admissibilité » et la « recevabilité » de la preuve. Selon lui, « l'admissibilité est un concept propre aux systèmes hiérarchiques, en particulier le système hiérarchique français, qui sont parvenus, par effort de rationalisation, à adapter leur régime probatoire à certains objets de preuves spécifiques (comme la volonté). La recevabilité désigne autre chose. Elle s'entend de la conformité d'un mode de preuve au régime qui gouverne les conditions de son obtention et qui conditionne son examen par le juge ; elle régit donc la genèse d'un mode de preuve et intègre la sanction procédurale du régime de la recherche qui peut prendre plusieurs formes, comme l'accueil d'une « offre de preuve », l'absence de rejet de la preuve ou l'absence de nullité »³³. En se basant sur la conception de Fabien Girard, les règles relatives au contrôle de la preuve en droit thaïlandais correspondent au concept anglo-saxon de la recevabilité, dans le sens où, un mode de preuve doit se conformer au régime qui gouverne les conditions de son obtention. Ce régime conditionne également son examen par le juge. Le concept anglo-saxon de la recevabilité régit la genèse d'un mode de preuve dont la sanction procédurale ne concerne que l'irrégularité qui découle du mode d'administration des preuves. Dans le système anglo-saxon, l'accent se met plus sur les modes d'acquisition des preuves,

³¹ L'article 193 quart du Code de procédure civile thaïlandais « Dans un petit litige, la Cour, dans l'intérêt de la justice, aura le pouvoir de recueillir elle-même les éléments de preuve qu'elle jugera utiles. Dans l'examen du témoin, peu importe que le témoin soit cité par les parties ou appelé par le juge lui-même, ce dernier doit l'interroger en premier. Une fois que cet interrogatoire est terminé, les parties ou leurs avocats pourront interroger ce témoin. La Cour a le pouvoir d'interroger le témoin sur tout fait en rapport avec le litige, même si aucune partie ne lui a demandé. En établissant le procès-verbal de la déposition du témoin, la Cour peut, à sa guise, l'écrire sommairement et le faire signer par le témoin ».

³² La décision de la Cour de Dika thaïlandaise n° 110/2553.

³³ F. GIRARD, *Essai sur la preuve dans son environnement culturel*, PUAM, 2013, p. 514.

questions de procédure, que sur la valeur de la preuve. Lorsqu'une preuve est obtenue légalement, elle sera recevable.

Le juge thaïlandais dispose d'une marge de liberté pour déclarer irrecevable une telle preuve. Pour exercer un contrôle de la preuve, le juge thaïlandais procède de la manière suivante : d'abord, lorsque les parties sont convoquées devant le juge, celui-ci va entendre les plaidoiries et les déclarations des parties. Le tribunal comparera ensuite les allégations et les affirmations qui y sont prononcées et interrogera toutes les parties sur les allégations, les affirmations et les preuves déposées auprès du tribunal pour savoir si elles admettent ou contestent ces allégations et affirmations. Tout fait admis par les parties sera alors impératif. Ensuite, le tribunal va déterminer la charge de la preuve en application de l'article 84/1 du Code de procédure civile selon lequel la partie qui allègue tout fait à l'appui des propos de sa partie adverse est tenue de le prouver³⁴. Puis, les parties sont tenues de soumettre une liste des éléments de preuve qu'elles souhaitent voir examinés par le tribunal en application de l'article 88 du Code de procédure civile³⁵. Enfin, le juge va rechercher si une telle preuve a été soumise en violation de la loi. En vertu de l'article 86, lorsque le tribunal considère qu'une preuve n'est pas recevable ou qu'une preuve recevable est produite contrairement aux dispositions du présent code, le juge est tenu de refuser cette preuve. En outre, l'article 87 prévoit qu'« aucune preuve n'est recevable, à moins qu'elle concerne les faits que l'une des parties doit prouver, ou, si la partie qui présente cette preuve a fait connaître son intention de s'en prévaloir conformément aux articles 88 et 90 ». Cependant, lorsque le tribunal considère qu'il est nécessaire dans l'intérêt de la justice de recueillir des éléments de preuve relatifs à une question importante du litige contraire aux dispositions du présent paragraphe, le tribunal a le pouvoir d'admettre cette preuve.

Concernant l'admission de la preuve, l'article 226 du Code de procédure pénale interdit au juge d'entendre une preuve obtenue de manière illicite. Cependant, dans un arrêt de 2001³⁶, la Cour a considéré que l'article 226 a pour but de protéger les droits et libertés des personnes et d'éviter que des agents de l'État utilisent des méthodes illicites dans la recherche des preuves et qu'il ne s'applique pas aux particuliers. Par conséquent, lorsqu'une preuve est soumise au juge, même si elle est obtenue de manière illicite, le juge est tenu de l'entendre. La nouvelle disposition de l'article 226/1 semble ainsi se rapprocher de la position de la *common law* au motif qu'elle donne au juge un pouvoir discrétionnaire d'admettre une preuve même si elle a été obtenue illicitement. Pour conclure, une preuve obtenue même de manière illicite pourrait être admissible pour octroyer des dommages et intérêts à la victime dans l'hypothèse où cette preuve avait déjà été admise au pénal.

³⁴ L'article 84/1 du Code de procédure civile thaïlandais « La partie qui allègue tout fait à l'appui des propos de sa partie adverse est tenue de le prouver. S'il existe une présomption légale ou une présomption raisonnable découlant de l'état habituel et favorable à une partie, cette partie n'est tenue de prouver que celle-ci a bien suivi la condition pour obtenir le bénéfice intégral de cette présomption ».

³⁵ L'article 88 du Code de procédure civile thaïlandais « Toute partie ayant l'intention de s'appuyer sur un document, un témoignage, ou une inspection de toute personne, chose ou lieu, soit faite par le tribunal, ou ayant l'intention de s'appuyer sur l'avis d'un expert désigné par le tribunal, les preuves à l'appui de ses allégations ou de ses prétentions, doivent, au moins sept jours avant le jour de la déposition, déposer auprès du tribunal une liste indiquant les documents ou la nature des documents à produire, ainsi que les noms et adresses des personnes, choses ou des lieux cités par cette partie comme témoins des personnes, choses ou lieux cités par cette partie comme témoins ou, il est possible de demander l'inspection par le tribunal ou la désignation d'experts par le tribunal selon le cas, avec des copies qui sont suffisantes pour qu'une autre partie puisse recevoir par l'intermédiaire du greffier de la Cour ».

³⁶ La décision de la Cour de Dika thaïlandaise n° 6116/2544.

Le mécanisme d'exclusion des preuves adopté par la loi modificative de 2008 semble se rapprocher du droit anglais. Dans l'arrêt de 2001, la Cour de Dika a décidé qu'en l'espèce, la partie adverse avait reconnu sa voix enregistrée dans la bande d'enregistrement, cette bande d'enregistrement pouvait alors être considérée comme une preuve admissible. Dans cette décision, le juge thaïlandais a mis en balance l'intérêt de la justice et la protection de la liberté individuelle. Cette position est similaire à la doctrine anglaise de la meilleure preuve au sens où le juge considère la valeur probatoire de la preuve (« *value of proof* ») en question par rapport à l'effet préjudiciable (« *prejudicial effect* ») que cette preuve peut provoquer. Lorsque la valeur probatoire semble avoir un intérêt supérieur pour la justice par rapport à l'effet préjudiciable qui en résulte, le juge thaïlandais peut prononcer l'admissibilité de cette preuve même si elle a été obtenue de manière illicite. En droit anglais, la fiabilité de la preuve est en jeu pour déterminer l'exclusion de la preuve. Dans la conception anglaise, lorsqu'une preuve fiable a été produite, l'équité n'est pas menacée. Dans une formule célèbre de J. Crompton dans *Leatham*³⁷, « peu importe comment vous l'avez obtenue ; l'auriez-vous volée que votre preuve serait néanmoins valable ». Selon les juges de la *Court of Appeal*, une preuve sera exclue à moins qu'elle soit fiable. Les règles d'exclusion excluent presque automatiquement un matériel probatoire jugé abstrait, insuffisamment fiable pour mériter la confiance du juge. Cette exigence est primordiale dans un système qui accorde une grande importance au débat³⁸.

Bien que le régime de la preuve thaïlandais semble relever d'un système de légalité des preuves, il existe une certaine particularité concernant son évaluation. Comme en droit français, les faits juridiques sont soumis à l'appréciation libre de la preuve tandis que les transactions juridiques comme divers contrats et actes écrits doivent être prouvés par une preuve écrite. Les règles de présomption s'appliquent aux preuves relatives aux documents publics ou aux actes authentiques. Ainsi, un acte juridique est soumis aux règles de la preuve légale tandis que les faits juridiques peuvent être prouvés par tout moyen et ne sont pas soumis aux règles de la preuve légale en application de l'article 127 du Code de procédure civile³⁹. La règle de la meilleure preuve (« *The best evidence rule* ») est inspirée du droit anglais. Ce principe s'applique dans le cadre des règles d'exclusion des preuves « *exclusionary rules* ». La règle « *The best evidence rule* » est aussi connue sous le nom de règle du document original.

8. Le caractère mixte observé à travers la rédaction du jugement : La décision de justice est liée aux particularités de chaque système juridique, notamment de leur structure, institutions, culture et modes de production du droit. Ainsi, les techniques et méthodes employées par les juges pour rendre une décision peuvent être différentes selon les systèmes juridiques. L'analyse du jugement est aussi un élément permettant de dégager le caractère mixte du droit thaïlandais. Nous verrons que le caractère mixte peut être observé à travers la rédaction du jugement, notamment en ce qui concerne le style

³⁷ *R v Leatham* [1861] 8 Cox CC 498.

³⁸ G. DURSTON, *Evidence: Text and materials*, Oxford University Press, 2011, p. 68.

³⁹ L'article 127 du Code de procédure civile thaïlandais « Les présomptions légales s'appliquent aux documents publics établis ou authentifiés par l'agent public compétent, les copies certifiées conformes à ceux-ci et les documents confidentiels dont l'authenticité et l'exactitude ont été jugées, sont présumés authentiques et exacts. La preuve de leur falsification ou inexactitude repose sur la partie contre laquelle ils sont produits. La partie qui allègue tout fait est tenue de le prouver. Lorsqu'il existe une présomption légale ou une présomption raisonnable résultant de l'état habituel de l'événement favorable à une partie, cette partie est tenue de prouver seulement qu'elle a bien rempli les conditions pour obtenir le bénéfice de cette présomption, conformément à l'article 84/1 du Code de procédure civile ».

de rédaction, la structure du jugement, sa motivation, etc. En outre, nous pourrions constater l'influence du déroulement de la procédure sur le style du jugement, voire de son efficacité. De manière générale, la rédaction de la décision de justice est aussi un facteur favorable au développement du droit de la responsabilité civile. Le juge de *common law* fait souvent un travail de reformulation des règles juridiques en affinant ou en réduisant de façon élastique leur portée en fonction des faits en sa présence⁴⁰. Le jugement de *common law* comporte des éléments variables et hétérogènes. Contrairement au système français, le juge anglo-saxon ne suit pas un schéma particulier et préétabli. Il n'est pas soumis à des principes généraux et abstraits, mais il peut procéder librement pour élaborer un jugement en utilisant son propre style de raisonnement afin de se conformer aux règles préétablies par les précédents. Le prononcé de son jugement s'appuie sur les arguments oraux échangés dans le cadre d'un procès dominé par le principe d'oralité. Bien qu'il existe des répertoires de la jurisprudence des cours supérieures, l'oralité du procès reste le principe⁴¹.

En droit thaïlandais, il n'existe pas de formules obligatoires dans la rédaction d'un jugement tandis que certaines locutions sont obligatoires en droit français. Par exemple, une locution comme l'« *attendu que* » qui est employée en tête de décision et répétée en principe à chaque paragraphe. Il en va de même pour les autres locutions comme « vu que » ou « considérant que », ou les propositions obligatoires paraissant dans les arrêts de rejet ou de cassation comme les « alors que », « Mais attendu que », qui ne sont pas exigées dans les décisions thaïlandaises. Le juge thaïlandais est libre d'employer les expressions qu'il estime appropriées pour expliquer au mieux sa décision. Cependant, de nouvelles normes de rédaction ont été envisagées à la fin de l'année 2019 en droit français, avec la volonté de rendre la jurisprudence de la Cour de cassation plus accessible. La méthode d'interprétation des textes retenue par la Cour sera mise en évidence pour les arrêts les plus importants. La motivation de la Cour sera plus enrichie et développée. Les solutions alternatives seront évoquées lorsqu'elles sont nécessaires. Les précédents seront également mentionnés dans les arrêts pour faciliter la compréhension des évolutions jurisprudentielles. Certaines formes seront adoptées ; concrètement « le style en sera direct, sans 'attendu' ni phrase unique. Les paragraphes seront numérotés. Les grandes parties composites de l'arrêt seront clairement identifiées : 1. Faits et procédure ; 2. Examen du ou des moyens ; 3. Dispositif [...] »⁴².

Il semble que le style de rédaction du jugement thaïlandais se situe à mi-chemin entre les traditions civiliste et anglo-saxonne. En effet, un jugement thaïlandais peut être plus descriptif, moins abstrait et moins concis qu'un jugement français, mais aucune structure ou formalisme du jugement n'est exigé pour la rédaction d'un jugement. Le juge thaïlandais ne donne pas ses opinions ou sentiments personnels au prononcé de son jugement comme cela peut être le cas pour le juge anglo-saxon. Il reste une personne chargée seulement d'appliquer la loi en jouant un rôle d'arbitre à l'audience. Il en va de même pour les juges français et allemand qui s'efforcent d'éliminer tout

⁴⁰ A. DE VITA, « Aperçu comparatif », in *Archives de philosophie du droit, La jurisprudence*, Sirey, 1985, p. 813.

⁴¹ J.-P. ANCEL, « La rédaction de la décision de justice en France », in *Juges et jugements : L'Europe plurielle (L'élaboration de la décision de justice en droit comparé)*, L'institut de droit comparé de Paris et l'École nationale de la magistrature des 5 et 6 mai 1997, SLC, 1998, pp. 66-68.

⁴² *Les réformes de la motivation et de la rédaction des décisions de la Cour de cassation*, [en ligne], Disponible sur https://www.courdecassation.fr/institution_1/reforme_cour_7109/reformes_mouvement_8181/reforme_mode_redaction_arrrets_9223/

élément personnel dans le raisonnement de leur jugement, mais avec une différence, les juges français et allemand jouant un rôle plus important dans la salle d'audience⁴³.

La rédaction d'un arrêt de la Cour de Dika thaïlandaise commence par l'extrait du prononcé du jugement ou la solution apportée au litige. Les faits et décisions rendues par les juridictions inférieures sont récités dans le corps du jugement de manière successive. La référence à la jurisprudence antérieure n'est pas mentionnée dans un prononcé du jugement thaïlandais même si la jurisprudence antérieure a pu avoir une influence sur la solution choisie par le juge. Quant au droit thaïlandais, l'article 133 du Code de procédure civile thaïlandais prévoit que « lorsque l'affaire n'est pas rayée du rôle selon la section précédente, cette affaire sera tranchée par le tribunal, ce dernier rendra un jugement ou une ordonnance au dernier jour du procès. Cependant, le tribunal peut reporter son jugement ou son ordonnance à toute date ultérieure qu'il jugera utile dans l'intérêt de la justice ». Dans le même sens, l'article 37 du Code de procédure civile prévoit que « la Cour devra, dans la mesure du possible, tenir l'audience sans ajournement jusqu'à la fin du procès et au prononcé du jugement ».

Comme les décisions de justice anglaises, les arrêts thaïlandais comportent de longues explications mêlées de faits et de droit. De manière générale, le contenu d'un arrêt de la Cour de Dika thaïlandaise est plus long que ceux de la Cour de cassation française. L'élaboration de la décision de justice en raison du rôle du juge dans le système de droit anglais peut être différente de l'élaboration des décisions de justice dans les autres pays romanistes. Malgré la volonté de la loi et l'image que l'on donne à la Cour de Dika comme étant un juge du droit, ce dernier est aussi bien un juge de fait que du droit.

Dans certains pays, le juge peut être considéré comme créateur de droit tandis que dans d'autres pays, le juge ne peut pas jouer qu'un rôle de législateur supplétif. La problématique des revirements de jurisprudence en matière de responsabilité civile illustre bien la force persuasive de la jurisprudence thaïlandaise. Lors des dernières années, plusieurs revirements de la jurisprudence de la Cour de Dika ont été prononcés en matière de responsabilité civile. Pour prononcer un revirement de jurisprudence, l'affaire doit être portée devant l'assemblée plénière. Lorsque le président de la Cour suprême le juge opportun, il peut ordonner une convocation de l'Assemblée plénière dont la composition doit être conforme à l'article 140 du Code de procédure civile⁴⁴.

Malgré la force persuasive non négligeable de la jurisprudence thaïlandaise, la jurisprudence ne peut être considérée comme une source du droit thaïlandais parce qu'elle n'a pas de force obligatoire pour les affaires ultérieures. Les juges saisis de ces affaires ne sont pas tenus de s'aligner avec les précédents. Toutefois, au-delà de la « force persuasive » de la jurisprudence, nous pourrions constater aussi que la

⁴³ H. KOTZ, « The Role of the Judge in the Court-Room: The Common Law and Civil Law Compared », *J. S. Afr. L.* 35, 43, 1987, p. 41.

⁴⁴ L'article 140 (2) du Code civil et commercial thaïlandais « Le prononcé d'un jugement ou d'une ordonnance d'un tribunal est régi par les règles suivantes :

- (1) La Cour doit être composée conformément aux dispositions de la loi relative à la compétence territoriale des tribunaux et à la compétence des juges ;
- (2) Sous réserve des dispositions de l'article 13, lorsqu'un jugement ou une ordonnance doit être rendu par plusieurs juges, le jugement ou l'ordonnance doit être rendu par la majorité de juges dont le nombre formant la majorité ne doit pas être inférieur à deux dans le tribunal de première instance ou dans la cour d'appel, ni inférieur à trois dans la Cour de Dika. Dans le tribunal de première instance et dans la Cour d'appel, si un juge est en désaccord, ce dernier notera son opinion dissidente et la joindra au dossier, il pourra également donner des explications de sa dissidence.

jurisprudence a une « force morale » pour les décisions ultérieures. Le droit thaïlandais ne peut être considéré comme un droit jurisprudentiel en comparaison d'un système où la jurisprudence est le produit d'une juridiction suprême qui jouit d'une grande autorité. En outre, le juge thaïlandais n'élabore pas de règle de droit nouvelle contrairement au juge anglo-saxon, lorsque son affirmation s'avère difficilement modifiable par un autre juge⁴⁵. Enfin, la jurisprudence ne constitue pas le droit commun en droit thaïlandais dans lequel la loi reste une source principale du droit. Au-delà de la « force persuasive » de la jurisprudence, nous pourrions peut-être rajouter que la jurisprudence a aussi une « force morale » pour les décisions ultérieures.

En dépit d'une certaine similarité dans la rédaction de la loi et des décisions de justice entre les systèmes thaïlandais et français, l'enseignement du droit thaïlandais semble accorder une place plus importante à l'étude de la jurisprudence, en particulier pour la préparation au concours du barreau. Ce fait peut être expliqué par l'évolution du système juridique thaïlandais. Le droit thaïlandais ne prévoit qu'une disposition relative à la force obligatoire du jugement, selon laquelle un jugement n'a de force obligatoire qu'à l'égard des parties. Selon l'article 145 du Code de procédure civile, « tout jugement ou ordonnance a une force contraignante pour les parties devant les juridictions qui rendent le jugement ou l'ordonnance, du jour où le jugement ou l'ordonnance est rendu jusqu'au jour, le cas échéant, de sa modification, de son infirmation ou de son annulation. Bien que le tribunal prononce que cette décision s'applique à des tiers qui ne sont pas parties au procès, un tel jugement ou ordonnance ne sera pas contraignant pour les tiers. Même lorsqu'il est présenté par le tribunal comme une décision générale à des tiers non parties au procès, un tel jugement ou ordonnance ne sera pas contraignant à une tierce personne, sous réserve des dispositions de l'article 142 (1), 245 et 274 et aux exceptions suivantes (...) »⁴⁶.

9. Consécration du concept processualiste de la prescription extinctive en droit thaïlandais, caractéristique similaire au droit anglo-saxon : Le Code civil et commercial thaïlandais ne définit pas la notion de « prescription ». L'étude de la nature juridique de la prescription à travers les thèses *substantialiste* et *processualiste* va permettre de mieux appréhender la nature juridique de la prescription. Le terme de « substantialiste » ou « conception substantialiste » signifie le droit en sus de l'action, notamment le droit matériel ou le droit du fond, tandis que le terme de « processualiste » parle uniquement de l'action en justice. Les termes de « substantialiste » et de « processualiste » désignent également les auteurs qui se consacrent à l'étude de ces

⁴⁵ P. MALAURIE et P. MORVAN, *Introduction au droit*, 8e éd., LGDJ, coll. Droit civil, 2020, p. 364.

⁴⁶ L'article 145 du Code de procédure civile thaïlandais « Sous réserve des dispositions du présent Code régissant l'appel devant la Cour d'appel, l'appel en Dika et le nouveau procès, tout jugement ou ordonnance a une force contraignante pour les parties devant les juridictions qui rendent le jugement ou l'ordonnance, du jour où le jugement ou l'ordonnance est rendu jusqu'au jour, le cas échéant, de sa modification, de son infirmation ou de son annulation. Bien que le tribunal prononce que cette décision s'applique à des tiers qui ne sont pas parties au procès, un tel jugement ou ordonnance ne sera pas contraignant pour les tiers. Même lorsqu'il est présenté par le tribunal comme une décision générale à des tiers non parties au procès, un tel jugement ou ordonnance ne sera pas contraignant à une tierce personne, sous réserve des dispositions de l'article 142 (1), 245 et 274 et aux exceptions suivantes :

- (1) Les jugements concernant le statut ou la capacité d'une personne, ou l'ordonnance de dissolution d'une personne morale, ou l'ordonnance de faillite, peuvent être invoqués par une tierce personne ou opposés contre une tierce personne ;
- (2) Les jugements relatifs au droit à la propriété des biens en faveur d'une partie peuvent être opposés contre une tierce personne ».

droits⁴⁷. Bien que la question de la nature juridique de la prescription puisse sembler purement théorique, elle a une incidence pratique sur l'effet extinctif de l'obligation à la dette de la prescription dont l'existence dépend de la thèse défendue. Bien que la thèse *processualiste* semble l'emporter dans plusieurs systèmes juridiques, y compris en Thaïlande, la qualification de la prescription comme étant purement procédurale ou purement substantielle ne pourrait être pleinement justifiée. L'étude de la prescription au regard des conceptions processualiste et substantialiste va permettre de répondre à la question de savoir si l'extinction du délai de prescription fait disparaître seulement le droit d'agir ou bien si elle fait également disparaître l'obligation elle-même. La qualification de la prescription au regard de sa nature procédurale ou substantielle est nécessaire parce qu'elle permet de savoir si l'obligation à la dette disparaît avec l'expiration du délai de prescription. La réponse va dépendre de la nature de la prescription.

La prescription en droit français est principalement régie par le Code civil de 1804. Les thèses *processualiste* et *substantialiste* s'affrontent en droit français. Selon la thèse *processualiste*, la prescription acquise entraînerait seulement l'extinction du droit à exercer une action en justice, elle est considérée comme étant entachée d'une fin de non-recevoir⁴⁸. Quant à la thèse *substantialiste*, il est considéré que la prescription éteint la cause de l'obligation elle-même⁴⁹. De manière générale, la prescription était perçue par les auteurs thaïlandais comme une règle de procédure qui n'affecte pas le fond du droit. Comme dans d'autres systèmes juridiques, la problématique de la prescription en droit thaïlandais se concentre sur l'effet juridique de la prescription. La majorité des auteurs thaïlandais sont partisans de la thèse *processualiste* en considérant que la prescription n'éteint que le droit d'agir, elle n'éteint pas la cause de l'obligation. Un bref aperçu historique de la rédaction du Code civil et commercial thaïlandais permet de comprendre les positions doctrinales et légales du droit thaïlandais. À l'époque de l'adoption du Code civil et commercial, l'avis d'un membre du comité (*Praya Manawarajsewee*) a été inclus dans le rapport du comité de la rédaction du Code civil et commercial du 6 août 1925 : « en droit suisse et en droit japonais, la prescription acquise fait disparaître l'obligation d'exécution (« *right extinguish* ») mais la prescription acquise en droit thaïlandais empêche seulement le créancier d'exercer une action en réclamation (*bar an action*) ». Cet avis a remporté l'unanimité des membres du comité⁵⁰.

Les textes des lois et la doctrine thaïlandaise confirment également le caractère *processualiste* de la prescription. Selon l'article 193/28 du Code civil et commercial, le débiteur qui a exécuté une obligation n'a pas droit de réclamer la restitution au motif que l'exécution a été effectuée après l'expiration du délai de prescription⁵¹. Ce qui

⁴⁷ L. CADIET, « Pour une théorie générale du procès », *Ritsumeikan Law Review*, n° 28, 2011, p. 132.

⁴⁸ L'article 122 du Code de procédure civile « Constitue une fin de non-recevoir tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut de droit d'agir, tel le défaut de qualité, le défaut d'intérêt, la prescription, le délai préfix, la chose jugée ».

⁴⁹ Les articles 2219 du Code civil « La prescription extinctive est un mode d'extinction d'un droit résultant de l'inaction de son titulaire pendant un certain laps de temps ». Et, l'article 1234 du Code Civil « Les obligations s'éteignent par la prescription, qui fera l'objet d'un titre particulier [...] ».

⁵⁰ Rapport du Conseil d'État relatif à la réunion du Comité de projet de loi du 6 Août 1925.

⁵¹ L'article 193/28 du Code civil et commercial « L'exécution d'une obligation en réponse à une réclamation, quel que soit le montant, ne peut être réclamée en retour, même si l'exécution a été effectuée après l'expiration du délai de prescription. Les dispositions du paragraphe premier s'appliquent au débiteur ayant reconnu l'existence d'une obligation par écrit ou par garantie, mais elle ne peut être opposée à l'ancienne caution ».

signifie que la cause de l'obligation existe toujours. Par conséquent, le débiteur ne peut avoir droit à un remboursement même si la prescription est acquise. En outre, l'article 408 (2) prévoit expressément qu'« une personne qui exécute une obligation prescrite n'a pas droit à la restitution »⁵². Quant à la confirmation doctrinale, cette obligation est connue sous le nom de « *Nee Nai Tham :หนี้ในธรรม* », ce qui signifie : « une dette morale ». Au nom de la morale, le créancier peut légitimement refuser le remboursement de la dette payée par son débiteur avant que la prescription ne soit déjà acquise⁵³. Cette obligation morale exige d'une personne endettée de payer sa dette. Bien que la loi ne l'oblige pas, la morale l'exige⁵⁴.

En droit thaïlandais, une autre problématique relative à l'ordre public se pose. Tous les délais de prescription en droit thaïlandais ont un caractère d'ordre public au motif qu'ils ne peuvent être aménagés ou modifiés par voie conventionnelle. Étant donné que les parties en droit thaïlandais ne peuvent convenir entre elles un aménagement d'un délai de prescription extinctive, ce délai ne peut être aménagé que par l'effet de la loi et il appartient au juge d'en apprécier la nécessité. Si nous nous appuyons sur le raisonnement juridique français, il serait possible de constater que les délais de prescription thaïlandais en matière de la responsabilité civile sont d'ordre public, car il est impossible d'y déroger par une convention.

⁵² L'article 408 (2) du Code civil et commercial « Les personnes suivantes n'ont pas droit à la restitution : (2) Une personne qui exécute une obligation prescrite ».

⁵³ C. PAKDEETHANAKUL, *L'explication du Code civil et commercial relative aux contrats et obligations*, Krung Siam Publishing, 2015, p. 71. [[เจริญศักดิ์ชนากุล, คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย สัญญาและหนี้, สำนักพิมพ์ กรุงสยาม, ปี ๒๕๖๑, หน้า ๗๑.](#)]; Rapport du comité de rédaction de la loi du 14 août 1925, Département de la rédaction, Tha Chang Wang Naa. [รายงานการร่างกฎหมาย กรมร่างกฎหมาย ทำขึ้นวังหน้า วันที่ ๑๔ สิงหาคม ๒๔๖๔.] ; N. JOKSATIT, *La renonciation au droit d'invoquer la prescription*, thèse de doctorat, Université de Thammasart 2016, p. 17. [นที จอกลัดดี, วิทยานิพนธ์ การสละประโยชน์แห่งอายุความ, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ปี ๒๕๕๘, หน้า ๑๗.]

⁵⁴ S. RATTANAKORN, *L'explication du Code civil et commercial relative aux contrats et obligations*, Nitibannakarn, 2013, p. 44. [รัตนกร ไสภณ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยกฎหมายนิติกรรมและหนี้, นิตিবรรณการ, พ.ศ. ๒๕๕๖, หน้า ๕๒.] ; N. JOKSATIT, *La renonciation au droit d'invoquer la prescription*, thèse de doctorat, Université de Thammasart 2016, p. 52. [นที จอกลัดดี, วิทยานิพนธ์ การสละประโยชน์แห่งอายุความ, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ปี ๒๕๕๘, หน้า ๕๒.]



ED9

École doctorale de droit international,
droit européen, relations internationales
et droit comparé



PANTHÉON-ASSAS
UNIVERSITÉ
PARIS

12 place du Panthéon

75005 Paris www.u-paris2.fr