



SORBONNE STUDENT LAW REVIEW

REVUE JURIDIQUE DES ÉTUDIANTS DE LA SORBONNE

2020

Volume 3, n°1

Sorbonne Student Law Review – Revue juridique des étudiants de la Sorbonne
12 Place du Panthéon, 75005 Paris, France
Sorbonnestudentlawreview.org
sslr@univ-paris1.fr

Licence Creative Commons 4.0 attribution
Sorbonne Student Law Review and various contributors – Revue juridique des étudiants de la Sorbonne et les
différents contributeurs - 2020

Publié en ligne le 17 décembre 2020.
Published online on the 17th of December 2020.

Editor-in Chief - Rédactrice en chef

Virginie Kuoch

Editors - Éditeurs

Jessica Balmes Vincent Bassani Alexis Bouillo

Reading Committee - Comité de lecture

Lisa Aerts
Paola Baldino
Jessica Balmes
Vincent Bassani

David Benkemoun
Alexis Bouillo
Charlotte Collard
Eléa Collin

Jean-Baptiste Jacob
Alexis Niepceron
Estelle Richevilain

Secretary-General - Secrétaire général

Valentin Pinel le Dret

Advisory Board - Comité scientifique

Mathias Audit
Fahrad Améli
Laurent Aynes
Ludovic Ayrault
Tristan Azzi
Ségolène Barbou des Place
Charlotte Beaucillon
Julie Benetti
Didier Boden
Pierre Bonin
Eleonora Bottini
Chahira Boutayeb
Sara Brimo
Pierre Brunet
Paul Cassia
Loic Cadiet
Emanuel Castellarin
Marie-Xavière Catto
David Chilstein
Thomas Clay
Christel Coton
Marie-Anne Cohendet
Philippe Delebecque

Joan Divol
Philippe Dupichot
Xavier Dupré de Boulois
Vivienne Forrest
Bénédicte Fauvarque-Cosson
Jenny Frinchaboy
Jérôme Gotié
Daniel Guttman
Jérémy Houssier
Emmanuel Jeuland
Andreas Kallergis
Yann Kerbrat
Evelyne Lagrange
Yves-Marie Laithier
Elise Le Gall
Grégoire Loiseau
Pascal Lokiec
François-Xavier Lucas
Jean Matringe
Anne-Catherine Muller
Christine Neau Leduc
Sophie Nicinski
Nobert Olszak

Etienne Pataut
Fabienne Peraldi-Leneuf
Anne Pimont
Ioannis Prezas
Lukas Rass-Masson
Bertrand Reau
Olivier Renaudie
Thierry Revet
Raphaële Rivier
Judith Rochfeld
Agnès Roblot-Troisier
Marilyne Sadowsky
Ruth Sefton-Green
Denys Simon
David Soldini
Jean-Marc Sorel
Philippe Stoffel-Munck
Fanny Tarlet
François-Guy Trébulle
Pascal de Vareilles-Sommières
Pierre-Yves Verkindt
Michel Verpeaux
Nicolas Warembourg

Layout - Mise en page

Virginie Kuoch

TABLE OF CONTENT - SOMMAIRE

| | |
|--|-------|
| EDITORIAL : COVID-19, THAT WHICH NOT BE NAMED | 1 – 3 |
| EDITORIAL : « COVID-19 », CELLE DONT ON NE PRONONCERA PAS LE NOM | 5 – 7 |

Virginie Kuoch

Conference – Conference

The Survival of the Privileges of the Old Regime : “the Loge Choiseul” case- La survivance des privilèges de l’ancien régime : La loge du Duc de Choiseul

| | |
|--|--------|
| ABOUT THE SPEAKERS-A PROPOS DES INTERVENANTS | 9 – 13 |
|--|--------|

Virginie Kuoch

| | |
|---|---------|
| INTRODUCTION-LA LOGE DES DUCS DE CHOISEUL: LA SURVIVANCE DES PRIVILEGES ? | 15 – 17 |
|---|---------|

Pr. Emmanuelle Saulnier-Cassia (Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines, Université Paris-Saclay)

| | |
|---|---------|
| LES LOGES DE THEATRE AU XIXE SIECLE: AU CARREFOUR DU PUBLIC ET DU PRIVE | 19 – 31 |
|---|---------|

Pr. Jean-Claude Yon (Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines, Université Paris- Saclay/École Pratique des Hautes Études)

| | |
|---|---------|
| « LA GUERRE PICROCHOLINE » DE L’AFFAIRE DE LA LOGE DU DUC DE CHOISEUL | 33 – 47 |
|---|---------|

Franck Monnier (Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines, Université Paris-Saclay)

Articles

| | |
|--|---------|
| SELF-DEFENCE AGAINST NON-STATE ACTORS: NEW CHALLENGES ARISING FROM THE MIDDLE EAST ? | 49 – 62 |
|--|---------|

Amael Notini Moreira Bahia (Universidade Federal de Minas Gerais)

| | |
|---|----------|
| THE IMPACT EXTRATERRITORIAL APPLICATION OF NATIONAL LEGAL NORMS ON INTERNATIONAL BUSINESS TRANSACTIONS : A TRANSATLANTIC VIEW | 63 – 101 |
|---|----------|

Marjolaine Abada-Fasquelle (Sorbonne Law School), Jan Dunin-Wasowicz (Paris, New York and District of Columbia Bar), under the supervision of Pr. Mathias Audit (Sorbonne Law School) and Pr. Étienne Pataut (Sorbonne Law School)

| | |
|---|-----------|
| LA PROTECTION DES INVESTISSEURS DANS LA TITRISATION | 103 – 149 |
|---|-----------|

Victoria Baruselli Cabral de Melo (Brazil's National Bar)

| | |
|---|-----------|
| LE DROIT DE DISSOLUTION SOUS LA VE REPUBLIQUE : ESSAI D’ANALYSE D’UNE TOMBEE EN DESUETUDE | 151 – 175 |
|---|-----------|

Victor-Ulysse Sultra (École de droit de la Sorbonne)

EDITORIAL: “COVID-19”, THAT WHICH NOT TO BE NAMED

If one were to rank the most pronounced words of this year 2020, Covid-19 would probably come out on top. Scientific journals, legal or not, have devoted one of their issues to the consequences of the virus on our societies. However this single issue of 2020 of the Sorbonne Student Law Review-*Revue juridique des étudiants de la Sorbonne*, will not mention this pandemic. The implications of Covid-19 will no doubt be the subject of articles in future issues, as it has changed so many paradigms.

While, as of this editorial, the cultural scene is still in lockdown, you will be able to rediscover the sensations of a theatre by immersing yourself or by plunging back – for those lucky enough to have attended – into the exciting legal-operatic quarrels surrounding the ‘privilege’ of the Duke of Choiseul’s box at the centuries-old Opéra-comique theatre. This corpus of transdisciplinary texts stems from a conference organised in November 2019, during which we had the privilege of receiving three professors from the University of Versailles Saint – Quentin-en-Yvelines (Paris-Saclay University) who are experts and above all passionate about opera: Emmanuelle Saulnier-Cassia, Professor of Public Law, Jean-Claude Yon, Professor of History, and Franck Monnier, Lecturer in Legal history.

The Covid-19 should not prevent legal experts from taking an interest in other topics that are still highly relevant even though they remained in the shadows. At a time of a resurgence of terrorist attacks by non-State actors, one can question the principle of self-defence set in Article 51 of the United Nations Charter. This is the subject of Amael Notini Moreira Bahia’s contribution. In the only article of this issue written in English, the author recalls this notion in international law, then analyses it regarding attacks perpetrated by non-state actors without the consent of the host state. Finally, the author adds a touch of originality to her article by studying this principle in the light of the events linked to the Islamic State of Iraq and Syria (ISIS) in Syria. Still in the news of international law, the high-profile investigations by the American authorities involving French companies (e.g. Alstom) and financial institutions (e.g. BNP Paribas) are reviving debates regarding the application of extraterritorial legislation in international trade. Besides, the reinstatement of sanctions for dealing with Iran and the withdrawal of the United States on 8 May 2018 from the Vienna Agreement on Iran’s nuclear programme (or Joint Global Action Plan) are once again generating growing interest in these laws and their impact on international trade. This is the topic of Marjolaine Abada-Fasquelle

(Sorbonne Law School) and Jan Dunin-Wasowicz’s (Lawyer at the Paris and District of Columbia Bars) article. This report written under the direction of Professors Mathias Audit (EDS), Georges Bermann (Columbia Law School) and Étienne Pataut (EDS) provides elements to the debate on the American approach to the extraterritorial application of American legislation in two areas: anti-corruption law and economic sanctions. The Franco-American approach adopted by the authors allows for the development of possible proposals to remedy the difficulties associated with this practice.

International trade and specifically international arbitration have been the subject of articles in previous issues¹. Let us continue in this path with an article focused on financial law, areas which can present very intricate aspects. While the notion of securitisation may seem very obscure to the neophytes, it often refers to the subprime crisis of 2007–2008 which revealed the shortcomings of the mechanisms for protecting investors in these transactions. The article written by Victoria Baruselli Cabral de Melo, a graduate student from the Sorbonne Law School and lawyer in Brazil, offers a study, from the perspective of domestic and EU law, of investor protection in the context of securitisation transactions, which are complex and risky. Through an analysis of the Securitisation Regulation², the author highlights the different means of protection as well as the duty of diligence imposed on institutional investors in order to contribute to the proper functioning of the securitisation market.

Since the creation of our review, at least one article in each issue has focused on constitutional law. This is also the case for this new issue. Custom or mere coincidence? Whereas in the previous issues, the authors were interested in foreign constitutional systems³, our review publishes for the first time a contribution on French constitutional law. In recent years, the focus has often been on the contentious aspect of constitutional law. Victor-Ulysse Sultra (Sorbonne Law School) shares with us his article on dissolution. The election of the President and that of Members of Parliament for the same duration and on the same dates, then

¹ See for example on arbitration in Israel : A. Luzon, “More efficient arbitration clauses?”, *Sorbonne Student Law Review*, 2018, vol. 1, N.1, p.197-229, or Y. M. Bourgeois’ article on the legitimacy challenges in international investment arbitration: “International Investment Arbitration. Legitimacy challenges and prospects for future reforms”, *Sorbonne Student Law Review*, 2019, vol.2, n.2, p. 93–129.

² 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.

³ See for example on transformative constitutionalism : C. Bernal (transl. A. Martin), “Les stratégies judiciaires du constitutionnalisme transformateur pour réduire la pauvreté et les inégalités”, *Sorbonne Student Law Review*, 2019, vol.2, n.2, p.33-65 or on Japanese constitutional law : H. Yamamoto, (transl. V. Pinel le Dret, S. Savarin) “Vers une dérive autoritaire du constitutionnalisme japonais ?”, *Sorbonne Student Law Review*, 2019, vol. 2, n.1, p. 111–143.

the establishment of a “fait majoritaire”, are often used as explanations for the disappearance of parliamentary dissolution in France. The author refuses to consider this as the only justification, because “[...] these elements are of a purely factual, accidental and historical nature, which does not prevent their change in law: the majority may cease to be disciplined, the Prime Minister may decide to claim power for himself – to apply the Constitution in short...” (p.156) Through an analysis of the French system, supported by examples of German, English and American constitutional law, the author questions our relationship to dissolution, and in particular why it seems impossible to us. To better understand why this instrument has fallen into nonuse, it is interesting to look at all the intra- and extra-legal reasons.

This year has been difficult. It is time for the author of these few lines to thank all the people who are behind this review and who keep it alive. First, I would like to thank Valentin Pinel le Dret and Paul Heckler, former Editors-in-Chief and founding members of the review, for having welcomed me to this adventure since 2018 and for having placed their full confidence in me by entrusting me with the role of Editor-in-Chief. I would also like to thank them for all the work they have done since 2017 to ensure the sustainability of the journal’s activities.

The publication of this issue would not have been possible without the invaluable and unfailing help of the Editorial Committee. Finally, I would like to express my gratitude to senior and junior members of the reading committee who have done important work in particularly difficult circumstances.

Virginie Kuoch
Editor-in-chief
Ph.D. student at the Sorbonne Law School

ÉDITORIAL : « COVID-19 », CELLE DONT ON NE PRONONCERA PAS LE NOM

Si l'on devait établir un classement des mots les plus prononcés de cette année 2020, Covid-19 arriverait probablement en tête. De nombreuses revues scientifiques, juridiques ou non, ont consacré un de leur numéro aux conséquences du virus sur nos sociétés, cependant cet unique numéro de l'année 2020 de la *Sorbonne Student Law Review*-Revue juridique des étudiants de la Sorbonne, ne mentionnera pas cette pandémie. Les implications de la Covid-19 feront sans doute l'objet d'articles dans les numéros à venir tant elle a changé les paradigmes.

Alors que, au moment où ces lignes sont rédigées, aucun déconfinement n'est encore permis au monde de la culture, vous pourrez retrouver les sensations d'une salle de spectacle en vous plongeant ou en vous replongeant — pour les chanceux qui ont pu y assister — dans les passionnantes querelles juridico-opératiques autour du « privilège » de la Loge du duc de Choiseul au sein de la Salle Favart de l'Opéra-Comique. Ce corpus de textes transdisciplinaires est issu de la conférence que nous avons organisé au mois de novembre 2019 et durant laquelle nous avons eu le privilège de recevoir trois professeurs de l'Université de Versailles Saint – Quentin-en-Yvelines (Université Paris-Saclay) experts et avant tout passionnés d'opéra : Emmanuelle Saulnier-Cassia, Professeure de droit public, Jean-Claude Yon, Professeur d'Histoire, et Franck Monnier, Maître de conférence en histoire du droit.

La Covid-19 ne doit pas empêcher les juristes de s'intéresser à d'autres sujets restés dans l'ombre et qui demeurent d'actualité. À l'heure d'une recrudescence des attaques terroristes par des acteurs non étatiques, nous pouvons nous interroger sur le principe de légitime défense prévu à l'article 51 de la Charte des Nations Unies. C'est ainsi l'objet de la contribution d'Amael Notini Moreira Bahia. Seul article en langue anglaise de ce numéro, l'auteur rappelle cette notion en droit international, puis l'analyse au regard des attaques qui sont perpétrées par des acteurs non-étatiques sans le consentement de l'État hôte. Enfin, l'auteur apporte une touche originale à son article en étudiant ce principe à la lumière des événements liés à l'État islamique d'Irak et de Syrie (ISIS) en Syrie. Toujours dans l'actualité du droit international, les enquêtes très médiatisées des autorités américaines impliquant des entreprises françaises (par exemple Alstom) et des institutions financières (comme BNP Paribas) font renaître les débats sur l'application des législations extraterritoriales sur le commerce international. En outre, le rétablissement des sanctions pour avoir noué des relations d'affaires avec l'Iran ainsi que le retrait des États-Unis le 8 mai 2018 de l'Accord de Vienne sur le nucléaire iranien (ou Plan d'action global commun) suscitent une fois de plus un intérêt

grandissant à propos de ces lois et ses conséquences sur le commerce international. C'est ainsi le sujet de l'article de Marjolaine Abada-Fasquelle (École de droit de la Sorbonne) et Jan Dunin-Wasowicz (Avocat aux Barreaux de Paris et du District de Columbia). Cette contribution sous forme de rapport rédigé sous la direction des Professeurs Mathias Audit (EDS), Georges Bermann (*Columbia Law School*) et Étienne Pataut (EDS) apporte des éléments au débat consacré à l'approche américaine de l'application extraterritoriale des législations américaines dans deux domaines : le droit anti-corruption et les sanctions économiques. La démarche franco-américaine adoptée par les auteurs permet de développer les approches possibles pour remédier aux difficultés liées à cette pratique.

Le commerce international et notamment l'arbitrage international sont des thèmes qui ont fait l'objet d'articles dans les numéros parus précédemment¹. Continuons dans le droit économique, et plus précisément le droit financier, domaines qui peuvent présenter des aspects très complexes. Si la notion de titrisation peut paraître bien obscure aux néophytes, elle renvoie souvent à la crise des *subprimes* de 2007-2008 qui a révélé les carences des mécanismes de protection des investisseurs dans ces opérations. L'article de Victoria Baruselli Cabral de Melo, diplômée de l'École de droit de la Sorbonne et avocate au Brésil propose une étude, sous l'angle du droit interne et du droit de l'Union, de la protection des investisseurs dans le cadre des opérations de titrisation, opérations financières complexes et risquées. À travers une analyse du Règlement Titrisation², l'auteurice met en lumière les différents moyens de protection ainsi que le devoir de diligence imposé aux investisseurs institutionnels afin de contribuer au bon fonctionnement du marché de la titrisation.

Depuis la création de notre revue, au moins un article de chaque numéro est consacré au droit constitutionnel. C'est également le cas pour ce nouveau numéro. Coutume ou simple coïncidence ? Alors que dans les précédents numéros, les auteurs se sont intéressés aux systèmes constitutionnels étrangers³, notre revue publie pour la première fois une contribution

¹ Voy., par exemple sur l'arbitrage en droit israélien : A. Luzon, « More efficient arbitration clauses? », *Revue juridique des étudiants de la Sorbonne*, 2018, vol. 1, n.1, p.197-229, ou l'article de Yanis M. Bourgeois sur la légitimité de l'arbitrage international d'investissement, « International Investment Arbitration. Legitimacy challenges and prospects for future reforms », *Revue juridique des étudiants de la Sorbonne*, 2019, vol. 2, n.2, p. 93-129.

² Règlement (UE) 2017/2402 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2017 créant un cadre général pour la titrisation ainsi qu'un cadre spécifique pour les titrisations simples, transparentes et standardisées, et modifiant les directives 2009/65/CE, 2009/138/CE et 2011/61/UE et les règlements (CE) no 1060/2009 et (UE) no 648/2012.

³ Voy., par exemple, sur le constitutionnalisme transformateur, C. Bernal (trad. A. Martin), « Les stratégies judiciaires du constitutionnalisme transformateur pour réduire la pauvreté et les inégalités », *Revue juridique des étudiants de la Sorbonne*, 2019, vol.2, n.2, p.33-65 ou encore sur le droit constitutionnel japonais : H. Yamamoto,

en droit constitutionnel français. Ces dernières années les regards sont souvent fixés sur l'aspect contentieux du droit constitutionnel, Victor-Ulysse Sultra (École de droit de la Sorbonne) nous partage son manuscrit consacré au droit de dissolution. L'élection du Président de la République et celle des députés pour la même durée et aux mêmes dates, puis l'instauration du fait majoritaire depuis plus de vingt ans, sont souvent utilisés comme explications de la déperdition pour la dissolution parlementaire en France. L'auteur refuse de considérer cela comme la seule justification, car «[...] ces éléments sont de nature purement factuelle, accidentelle et historique, qui n'empêche ainsi pas, en droit, leur changement : la majorité peut cesser d'être disciplinée, le Premier ministre peut décider de clamer le pouvoir pour lui – d'appliquer la Constitution en somme... » (p.156) À travers une analyse du système français, appuyée par des exemples de droit constitutionnel allemand, anglais et américain, l'auteur interroge notre relation à la dissolution, et notamment pourquoi celle-ci nous apparaît impossible. Pour mieux comprendre pourquoi cet instrument est tombé en désuétude, il est intéressant de se pencher sur l'ensemble des raisons *intra-* et *extra-juridique*.

L'année a été difficile. L'heure est pour l'auteur de ces quelques lignes de remercier toutes les personnes qui sont à l'origine de et qui font vivre cette revue. Je tiens à remercier tout d'abord Messieurs Valentin Pinel le Dret et Paul Heckler, anciens rédacteurs en chef et membres fondateurs de la revue, de m'avoir intégrée dans cette aventure depuis 2018 et de m'avoir accordé toute leur confiance en me confiant le rôle de rédactrice en chef. Qu'ils soient également remerciés de tout le travail effectué depuis 2017 qui a permis d'assurer la pérennité des activités de la revue.

La publication de ce numéro n'aurait pas pu voir le jour sans l'aide précieuse et indéfectible du comité éditorial. Enfin, je tiens à adresser tous mes remerciements aux anciens comme aux nouveaux membres du comité de lecture qui ont effectué un travail important dans des circonstances particulièrement difficiles.

Virginie Kuoch
Rédactrice en chef
Doctorante à l'École de droit de la Sorbonne

(trad. V.Pinell le Dret, S.Savarin) « Vers une dérive autoritaire du constitutionnalisme japonais ? », Revue juridique des étudiants de la Sorbonne, 2019, vol. 2, n.1, p. 111–143.

ABOUT THE SPEAKERS

La survivance des privilèges de l'ancien régime : La loge du Duc de Choiseul

In 2019, after reading an article in *Le Monde* entitled "Noble querelle à l'Opéra-Comique", Valentin Pinel le Dret and Paul Heckler, former chief editors and founding members of the review, had the crazy idea of bringing together specialists in public law, legal history, private law, and even non-legal expert, around the "privilege" of the Duke of Choiseul's box at the centuries-old Opéra-comique theatre. At first, this subject is more fanciful than legal. Appearances are sometimes deceiving, the legal stakes are high.

Therefore, the idea came to me to contact Emmanuelle Saulnier-Cassia, Professor of public law at the University of Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines. In addition to her numerous interventions, both oral and written, on issues relating to Brexit, Professor Saulnier-Cassia is a passionate of theatre and opera. It is within the framework of a monthly column "Du droit dans les Arts"¹ in *Les Petites affiches* and a "Theatre" column in the *Droit & Littérature*² review, that she reflects on the way in which law is understood by the arts and where it becomes an artistic object. In addition, you can listen to her in the programme "*Droit en scène*", created in 2018, where she brings legal experts and artists into dialogue.

Professor Emmanuelle-Saulnier Cassia responded to my invitation and invites two great specialists in operatic issues: Franck Monnier and Professor Jean-Claude Yon.

Franck Monnier is a lecturer in legal history. He is a legal historian, specialist in administrative history, the history of cultural law and cultural institutions. Who better than a specialist who has written a PhD thesis on the legal and financial regime of the Paris Opera from the reign of Louis XIV to the beginning of the Third Republic³ to speak on the Lodge of the Duke of Choiseul?

¹ See for example her last article in the column of du "Droit dans les Arts" in *Petites Affiches* : E. Saulnier-Cassia, "Bananas (and kings) : le procès de la United Fruit Company et des républiques bananières", *les Petites Affiches*, Lextenso, 29 September 2020, n° 156t4, p.23. Available online : <https://www.actu-juridique.fr/culture/bananas-and-kings-le-proces-de-la-united-fruit-company-et-des-republiques-bananieres/>. (retrieved on [30 November 2020]).

² Her last manuscript in *Droit & Littérature* review was about focus on how Brexit is captured by literature in Jonathan Coe's book, *Middle of England* : E. Saulnier-Cassia, "La sortie du Royaume-Uni de l'Union européenne saisie par la littérature, Le Brexit romancé par Jonathan Coe", *Revue Droit & Littérature*, 2020, p. 59 à 70.

³ Franck Monnier is the author of a PhD thesis entitled *À la naissance d'un droit de la culture : le régime juridique et financier de l'Opéra de Paris, depuis le règne Louis XIV jusqu'au début de la IIIe République*. See also : "L'épisode de la destruction de l'Opéra de la rue de Richelieu, et sa transformation en chapelle expiatoire à la mémoire du duc de Berry", *Les lieux de la décision administrative*, Paris, EPHE, 2014, p. 39-47.

Finally, for the first time since the creation of the Sorbonne Student Law Review-*Revue juridique de la Sorbonne*, we had the privilege of inviting a non-legal expert, to a conference. Jean-Claude Yon is a Professor of contemporary history at the University of Versailles-Saint-Quentin-en-Yvelines, Director of the Centre d'histoire culturelle des sociétés contemporaines (UVSQ), and Director of cumulative studies at the École pratique des Hautes Études (EPHE). As a specialist in theatre's issues, he has published numerous works, notably on the history of theatre in Paris from the Revolution to the Great War⁴, on theatre directors between the 19th and 20th⁵ centuries and, more generally, on performances during the Second Empire⁶. In addition, Professor Jean-Claude Yon is interested in opera, particularly Offenbach's opera⁷. He recently published a paperback book in which he collects and comments on all the letters sent by Offenbach to the *Figaro*⁸.

A trio that cannot be ignored.

If you did not have the chance to attend this original conference or if you simply wish to plunge back into the legal and operatic quarrels of the Duke of Choiseul's Lodge, the speakers will be pleased to share them with you.

Virginie Kuoch
Editor-in-chief

⁴ J.-C. Yon, *Une histoire du théâtre à Paris de la Révolution à la Grande Guerre*, Paris, Aubier, 2012, 437 pages.

⁵ J.C. Yon, P.Goetschel (ed.), *Directeurs de théâtre (XIXe-XXe siècles), Histoire d'une profession*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2008, 253 pages.

⁶ J.-C. Yon (ed.), *Les Spectacles sous le Second Empire*, Paris, Armand Colin, 2010, 512 pages.

⁷ See for example: Offenbach, catalogue d'exposition rédigé avec Laurent Fraison, Réunion des Musées Nationaux, Les Dossiers du Musée d'Orsay, 1996, n° 58, 167 pages, Jacques Offenbach, Gallimard, coll. NRF Biographies, 2000, reedited 2010, 796 pages.

⁸ J.-C. Yon, *M. Offenbach nous écrit : Lettres au Figaro et autres propos*, Co-édition Actes Sud, 2019, 644 pages.

A PROPOS DES INTERVENANTS

La survivance des privilèges de l'ancien régime : La loge du Duc de Choiseul

En 2019, après avoir lu les quelques lignes d'un article du Monde intitulé « Noble querelle à l'Opéra-Comique », Valentin Pinel le Dret et Paul Heckler, anciens rédacteurs en chef et membres fondateurs de la revue, ont eu cette folle idée de réunir des spécialistes de droit public, d'histoire du droit, de droit privé, et même des non-juristes autour de la survivance d'un privilège qui est celui de disposer, pour les héritiers du Duc de Choiseul, d'une loge au sein de l'Opéra Comique. À première vue, ce sujet est plus fantaisiste que juridique. Les apparences sont parfois trompeuses, les enjeux juridiques sont de taille.

L'idée m'est donc venue de contacter Madame Emmanuelle Saulnier-Cassia, professeure de droit à l'Université Versailles Saint-Quentin en Yvelines. Outre ses nombreuses interventions, orales et écrites, sur les questions relatives au Brexit, la Professeure Saulnier-Cassia, est une passionnée de théâtre et d'opéra. C'est d'ailleurs, dans le cadre d'une chronique mensuelle « Du droit dans les Arts »¹ aux Petites affiches et d'une rubrique « Théâtre » dans la revue Droit & Littérature², qu'elle mène une réflexion sur la manière dont le droit est appréhendé par les arts et où celui-ci devient un objet artistique. Par ailleurs, vous pouvez l'écouter dans l'émission « Droit en scène », créée en 2018, où elle fait dialoguer le juriste et l'artiste.

La Professeure Emmanuelle-Saulnier Cassia a répondu à mon invitation et m'a fait l'honneur d'inviter deux grands spécialistes des questions opératives : Franck Monnier et le Professeur Jean-Claude Yon.

Franck Monnier est Maître de conférences en histoire du droit. Il est historien du droit, spécialiste d'histoire administrative, d'histoire du droit de la culture et des institutions culturelles. Qui de mieux qu'un spécialiste qui a consacré une thèse sur le régime juridique et

¹ Voy., par exemple son dernier article publié aux Petites Affiches dans la rubrique « du Droit dans les Arts », E.Saulnier-Cassia, « Bananas (and kings) : le procès de la United Fruit Company et des républiques bananières », les Petites Affiches, Lextenso, 29 septembre 2020, n° 156t4, p.23. Disponible également sur : <https://www.actu-juridique.fr/culture/bananas-and-kings-le-proces-de-la-united-fruit-company-et-des-republiques-bananieres/>.(consulté le 30 novembre 2020)

² Sa dernière contribution à la revue Droit & Littérature porte sur la manière dont le Brexit est saisi par la littérature dans l'ouvrage de Jonathan Coe, *Middle of England* : E. Saulnier-Cassia, « La sortie du Royaume-Uni de l'Union européenne saisie par la littérature », Le Brexit romancé par Jonathan Coe », Revue Droit & Littérature, 2020, p. 59 à 70.

financier de l'Opéra de Paris depuis le règne de Louis XIV jusqu'au début de la IIIe République³ pour intervenir sur la Loge du Duc de Choiseul ?

Enfin de manière inédite, et pour la première fois depuis la création de la *Sorbonne Student Law Review*-Revue juridique de la Sorbonne, nous avons eu le privilège d'inviter un spécialiste, non-juriste, à une conférence. Jean-Claude Yon est Professeur d'histoire contemporaine à l'Université de Versailles-Saint-Quentin-en-Yvelines, directeur du Centre d'histoire culturelle des sociétés contemporaines (UVSQ), et directeur d'études cumulant à l'École pratique des Hautes Études (EPHE). Véritable spécialiste du théâtre, il a publié de nombreux ouvrages notamment sur l'histoire du théâtre à Paris de la Révolution à la Grande Guerre⁴, sur les directeurs de théâtre entre le XIX^e et XX^e siècle⁵ et de manière plus générale, sur les spectacles sous le Second Empire⁶. En outre, le Professeur Jean-Claude Yon s'intéresse à l'opéra et notamment ceux d'Offenbach⁷. Il a récemment publié un livre de poche dans lequel il rassemble et commente toutes les lettres transmises par ce dernier au Figaro⁸.

Un trio incontournable donc.

Si vous n'avez pas eu la chance d'assister à cette conférence inédite ou si vous souhaitez tout simplement vous replonger dans les querelles juridico-opératiques de la Loge du Duc de Choiseul, les intervenants se font le plaisir de vous les faire partager, à l'écrit.

Virginie Kuoch
Rédactrice en chef

³ Franck Monnier est l'auteur d'une thèse intitulé : « À la naissance d'un droit de la culture : le régime juridique et financier de l'Opéra de Paris, depuis le règne Louis XIV jusqu'au début de la IIIe République ». Voy., également : L'épisode de la destruction de l'Opéra de la rue de Richelieu, et sa transformation en chapelle expiatoire à la mémoire du duc de Berry », dans *Les lieux de la décision administrative*, Paris, EPHE, 2014, p. 39-47.

⁴ J.-C. Yon, *Une histoire du théâtre à Paris de la Révolution à la Grande Guerre*, Paris, Aubier, 2012, 437 pages.

⁵ J.C. Yon, P.Goetschel (dir.), *Directeurs de théâtre (XIXe-XXe siècles), Histoire d'une profession*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2008, 253 pages.

⁶ J.-C. Yon (dir.), *Les Spectacles sous le Second Empire*, Paris, Armand Colin, 2010, 512 pages.

⁷ Voy., par exemple : *Offenbach, catalogue d'exposition rédigé avec Laurent Fraison, Réunion des Musées Nationaux, Les Dossiers du Musée d'Orsay*, 1996, n° 58, 167 pages, *Jacques Offenbach*, Gallimard, coll. NRF Biographies, 2000, réédition 2010, 796 pages.

⁸ J.-C. Yon, *M. Offenbach nous écrit : Lettres au Figaro et autres propos*, Co-édition Actes Sud, 2019, 644 pages.

INTRODUCTION

LA LOGE DES DUCS DE CHOISEUL : LA SURVIVANCE DES PRIVILEGES ?

Emmanuelle Saulnier-Cassia*

Lorsqu'en mars 2019, un grand quotidien du soir titrait, à la rubrique « Musiques » de son magazine de fin de semaine, de manière assez diplomatique, « Noble querelle à l'Opéra-Comique »², c'était pour mieux dans son chapeau introductif étriller et dénoncer des « privilégiés » bénéficiant « d'une loge perpétuelle » au sein de ce célèbre temple de la musique parisien.

L'Opéra-Comique, créé en 1783, autrement appelé Salle Favart — depuis son installation dans la rue éponyme après un premier incendie en 1838 — forme avec la Comédie française et l'Académie royale de musique (devenue Opéra de Paris) le plus ancien trio d'institutions publiques de spectacle vivant ; il a rouvert au printemps 2017 après 22 mois de travaux. C'est à cette occasion qu'une polémique a ressurgi, utilisant de manière récurrente le terme de « privilège » et venant à nouveau interpellé juristes et historiens.

Il n'existait pas de duo plus pertinent que celui que j'ai réuni à la demande des responsables de la *Sorbonne Student Law Review* — *Revue juridique des étudiants de la Sorbonne* pour leur conférence ouvrant l'année universitaire 2019-2020, qu'ils ont voulu consacrer à la loge du duc de Choiseul à l'Opéra-Comique. Mes deux collègues et amis, le professeur Jean-Claude Yon, historien, et Franck Monnier, juriste, tous deux enseignants-chercheurs à l'Université Versailles — Saint-Quentin en Yvelines — Paris-Saclay et avec lesquels je partage la passion opératique, sont deux spécialistes reconnus de l'opéra en tant qu'institution et de fait les universitaires les plus avertis et indiqués pour décoder le dernier épisode de l'affaire de cette loge, propriété des héritiers du duc de Choiseul depuis 1781.

Par un retour historique sur « les loges de théâtre au XIXe siècle », le professeur Jean-Claude Yon permet ainsi de replacer la loge de Choiseul dans un contexte particulièrement

* Professeure de droit public à l'Université Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines, Paris-Saclay.

² P. Nivelles, « Noble querelle à l'Opéra-Comique », *M Le Mag* — *Le Monde*, 1^{er} mars 2019.

intéressant pour les juristes « au carrefour du public et du privé ». Il rappelle ainsi que comme ses « consœurs » des autres salles théâtrales et musicales de France, la loge de Choiseul fut et est — de fait — restée réservée à une élite qui l'a érigée en un lieu de pouvoir et de « jeu social et mondain ». Toutefois, leur usage et utilisation a soulevé, au cours du XIX^e siècle en particulier, des contentieux retentissants concernant l'encadrement de ces louages « d'une nature particulière », et reconnaissant une marge de manœuvre importante aux directeurs des lieux.

C'est sur ce terrain processuel érudit que Franck Monnier présente « la guerre picrocholine » de l'affaire de la loge du duc de Choiseul. Ce ministre disgracié par Louis XV, très dépensier, qui dut se défaire de différents biens mobiliers et immobiliers, obtint ainsi une loge « en contrepartie du terrain et de la participation à la construction » de la nouvelle salle de l'ancienne Comédie italienne. Le don, validé par le roi dans un traité de 1781, n'est en réalité comme démontré dans cet article que l'arbre qui cache la forêt d'une juteuse opération de spéculation immobilière pour le duc, lequel, possédant « dans le quartier de vastes terrains (...), désirait (...) créer un centre d'activité commerciale »³. La transmission héréditaire de la loge depuis deux siècles et demi — puisque les lettres patentes royales prévoyaient « *la propriété de la loge à huit places (...) jusqu'au dernier descendant mâle portant le nom de Choiseul* » — entraîne surtout pour l'établissement public industriel et commercial qu'est devenu le Théâtre national de l'Opéra-Comique — statut acquis en 2005 — un manque à gagner non négligeable chaque année. En effet, à la différence d'un établissement public administratif, un établissement public industriel et commercial tire essentiellement ses ressources des recettes perçues sur les usagers.

La réduction pour moitié de la surface de la loge de la famille Choiseul à la suite des travaux de rénovation qui se sont déroulés entre 2015 et 2017, notamment pour des exigences de sécurité et d'aération, a conduit à diminuer son nombre de sièges à trois. Si l'on sait qu'au total 50 places ont dû être supprimées dans le théâtre, y compris la loge présidentielle elle-même, la menace de procédures judiciaires par la famille de Choiseul a nécessairement relancé une polémique politique sur ce qui a toujours été perçu comme la survivance d'un « privilège », interprétation erronée en droit puisque seul le droit de propriété permet cette continuité.

³Sénat, *Rapport d'information n° 170 (1960-1961) de la commission de contrôle chargée d'examiner la gestion administrative, financière et technique de la Réunion des Théâtres lyriques nationaux*, présenté par MM. M. Pellend, G. Lamousse, J. Raybaud, 15 avril 1961.

On peut comprendre le souhait de l'établissement public d'éviter de perdre un huitième procès contre une famille qui a toujours su rappeler son bon droit devant les tribunaux judiciaires, même si cette fois l'invocation envisagée d'une voie de fait aurait pu avoir moins de chance de succès. Les héritiers auraient dû en effet plutôt se tourner cette fois-ci vers les juridictions administratives pour évoquer une emprise irrégulière puisque la réduction de leur loge n'entraîne pas d'extinction définitive de leur droit de propriété.

Il semble que cette subtilité n'ait plus d'intérêt, puisque le théâtre national aurait accepté de transiger en mettant à disposition des propriétaires des places supplémentaires pour chaque représentation. Libre à chacun de saluer, ou regretter, ce nouveau morceau de bravoure, qui n'a rien de comique⁴.

⁴ L'on rappelle toutefois que le sens commun de l'adjectif « comique » ne s'applique pas à celui du genre musical d'opéra-comique, qui fait référence à des œuvres où des morceaux chantés sont intégrés à du théâtre parlé.

LES LOGES DE THEATRE AU XIXE SIECLE :

AU CARREFOUR DU PUBLIC ET DU PRIVE

Jean-Claude Yon *

Table des matières

| | |
|--|----|
| EN GUISE DE PROLOGUE | 21 |
| LA TOUTE-PUISSANCE DES LOCATAIRES DES LOGES | 24 |
| UNE LOCATION QUI PEUT N'ETRE PAS RECONDUITE | 25 |
| QUE SE PASSE-T-IL EN CAS DE DESTRUCTION DE LA SALLE ? | 27 |
| UNE UTILISATION PAS TOUJOURS CLAIRE A DEFINIR | 28 |
| LE ROLE DU DIRECTEUR PAR RAPPORT AU PROPRIETAIRE DE LA SALLE | 30 |
| CONCLUSION..... | 31 |

* Jean-Claude Yon, Professeur des universités en Histoire contemporaine, Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines, Université Paris-Saclay, École Pratique des Hautes Études.

Abstract

This article – in fact a simple sketch – has no other ambition than to indicate how theatre boxes are an interesting object of study for the historian. As a specialist in nineteenth-century cultural history, especially in the history of performance, the author has often come across these boxes in the course of his work. These places, at the crossroads of public and private, can be studied in many ways. In the following pages, we will come back through five trials on some legal aspects relating to the renting of boxes in the 19th century, not without first stating some generalities. Thus contextualised, the “Duke of Choiseul’s box” case can be dealt with in another article...

Résumé

Le présent article — à vrai dire une simple esquisse — n’a d’autre ambition que d’indiquer combien les loges de théâtre sont un objet d’étude intéressant pour l’historien. Spécialiste d’histoire culturelle du XIXe siècle, et notamment d’histoire des spectacles, son auteur a souvent rencontré lesdites loges au cours de ses travaux¹. Ces lieux, au carrefour du public et du privé, peuvent être étudiés de bien des manières ; dans les pages qui suivent, on reviendra à travers cinq procès sur quelques aspects juridiques touchant à la location des loges au XIX^e siècle², non sans avoir au préalable énoncé quelques généralités. Ainsi contextualisée, l’affaire de la « loge Choiseul »³ pourra être traitée dans un autre article.

¹ L’auteur de cet article est à vrai dire si intéressé par ce sujet qu’il projette d’écrire une histoire de la loge de spectacle de l’Antiquité à nos jours.

² Tous les cas évoqués ici sont relatés dans le *Répertoire Dalloz*, article « Théâtre-Spectacles », tome 42, 1861. Une fois les cas repérés grâce à ce répertoire, nous avons consulté la *Gazette des Tribunaux* pour en connaître le détail.

³ Outre l’article détaillé de Franck Monnier sur la « loge Choiseul » publié dans la présente revue, on nous permettra de citer notre courte contribution « La “loge Choiseul”, une affaire vieille de près de deux siècles et demi » à paraître dans l’ouvrage collectif *Entre opéra et droit* dirigé par M. Thouzeil-Divina.

EN GUISE DE PROLOGUE

Les loges sont essentielles dans la vie des théâtres français au XIXe siècle. Elles constituent une caractéristique majeure des salles dites « à l'italienne » qu'il serait plus juste du reste d'appeler « salles à la française »⁴. Elles jouent un rôle primordial tant sur le plan économique que sur le plan social. Leur importance économique tient au fait qu'elles sont en majorité occupées par des abonnés. Au palais Garnier, à la Belle Époque, plus de 80 % des places réservées aux abonnés sont des places de loge⁵. Or, les abonnements représentent un apport financier indispensable pour les directeurs de théâtre. Les utilisateurs des loges sont d'ailleurs parfaitement conscients de leur importance et, bien souvent, ils forment un véritable lobby, aussi bien à l'Opéra de Paris que dans les théâtres de province. Alors que les prix des places « normales » sont abordables au XIXe siècle, les loges sont très chères. Leur valeur économique explique en partie les conflits qu'elles peuvent susciter et qu'illustrent les procès étudiés dans cet article. Les loges sont de fait réservées à une élite pour qui elles représentent le seul « mode de consommation » du théâtre envisageable. Arthur Pougin observe avec pertinence :

« Les loges ne sont pas toujours les meilleures places, et cela dépend à la fois et de la configuration du théâtre et de la situation qu'elles occupent ; mais elles offrent cet avantage qu'on y est en quelque sorte chez soi, qu'on n'y a point de voisinage incommode ou désagréable à redouter et qu'on y est libre de ses mouvements »⁶.

C'est bien là leur principal attrait : offrir un espace privé au sein de l'espace public par excellence que constitue la salle de théâtre. Leur caractère hybride fait tout leur charme : « Bien que cellule cloisonnée, la loge se livre aux autres »⁷.

La valeur sociale des loges est sans doute encore plus déterminante que leur valeur économique. Au XIXe siècle, la sortie théâtrale consiste autant à se faire voir des autres spectateurs qu'à regarder le spectacle proprement dit. Amélie Weiler, une jeune fille alsacienne qui a tenu son journal intime de 1840 à 1859, décrit ainsi son arrivée au Théâtre de Strasbourg, en décembre 1852 :

⁴ Sur les aspects strictement architecturaux, voy., la thèse de M. Casas, *L'architecture théâtrale en France de la Révolution au Second Empire. Théories, innovations, réglementation, réalisations*, thèse sous la direction de Jean-Claude Yon et Michaël Darin, Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines, 2 vol., 2017.

⁵ F. Patureau, *Le Palais Garnier dans la société parisienne, 1875-1914*, Liège, Mardaga, 1991, p. 302.

⁶ A. Pougin, *Dictionnaire historique et pittoresque du théâtre et des arts qui s'y rattachent*, Paris, Firmin-Didot, 1885, p. 478

⁷ G. Banu, *Le Rouge et Or. Une poétique du théâtre à l'italienne*, Paris, Flammarion, 1989, p. 174.

Les loges de théâtre au XIXe siècle : au carrefour du public et du privé

« Jetons un coup d’œil dans cette salle de spectacle pleine comme un jour de fête une heure avant le lever du rideau déjà, parcourons ces loges et passons en revue la toilette de toutes ces belles dames. Voilà un costume qui me fait penser à Lauzun, quoiqu’il soit porté par une femme. L’idée est une émanation du siècle de Louis XIV. La femme est belle, c’est un noble visage à moitié caché sous ces dentelles et ces longues barbes de satin bleu. Son sein à demi nu rayonne de blancheur, sa pose est gracieuse. Elle joue de l’éventail avec art. Je la regarderai souvent, moi qui suis tout modestement cachée sous ma robe de mérinos verte, coiffée de mon chapeau blanc d’une fraîcheur équivoque, et avec un voile épais sur les épaules. La loge des lions se trouve entre la loge d’avant-scène et celle où se trouve la belle inconnue. Elle est vide encore, mais voici le premier arrivant : il se place sur le bord, tout près de la loge d’avant-scène. Le parquet se remplit de plus en plus. Que d’hommes à ma droite, que de bruit en général, et encore un quart d’heure jusqu’au lever du rideau ! Décidément, il n’y a que la belle dame décolletée qui vaille la peine d’être regardée »⁸.

Pour permettre cet incessant jeu de regards, la lumière est maintenue dans la salle pendant tout le spectacle. La salle de théâtre peut ainsi être comparée à un vaste salon où l’on se déplace, où l’on cause, où l’on mange, où l’on poursuit des intrigues amoureuses, bref un lieu où l’on s’expose ou — au contraire — l’on se met à l’abri des regards. La loge, qui est en elle-même un petit salon, est au centre de ces sociabilités. Son caractère privé est attesté par le fait qu’elle est fermée à clé, les ouvreuses ayant la charge de ces clés (ce qui explique leur nom). Une des principales tâches des ouvreuses, d’ailleurs, est de s’assurer que les portes des loges restent fermées pendant la durée des pièces et que les rideaux des carreaux sont tirés, de façon à faire de chaque loge un espace totalement privé. Là, les adversaires politiques peuvent trouver un terrain neutre pour discuter de façon informelle, les futurs mariés faire connaissance, les hommes d’affaires négocier des contrats, les ambitieux courtiser les puissants. Les baignoires et les loges grillées offrent, quant à elles, un refuge idéal aux amoureux⁹.

Lieu du pouvoir quand elles accueillent le souverain ou les autorités locales, la loge est par excellence le domaine des spectatrices qui, placées sur leur devant, viennent en quelque sorte compléter la décoration de la salle par la splendeur de leurs tenues de soirée. Évoquant une salle de spectacle, Hippolyte Taine note comme ferait un peintre sur son carnet de croquis : « De l’orchestre, la quadruple guirlande de loges illuminées et de femmes parées monte en

⁸ A. Weiler, *Journal d’une jeune fille mal dans son siècle : 1840-1859*, édition de Nicolas Stoskopf, Strasbourg, La Nuée bleue, 1995, p. 225-239.

⁹ C’est le cas de Léon Gambetta et Léonie Léon étudié par S. Foley et C. Sowerwine dans P. Goetschel et J.-C. Yon (dir.), *Au théâtre ! La sortie au spectacle, XIXe-XXIe siècles*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2014,

s'étageant sous le rayonnement d'un lustre à cinq cents flammes¹⁰ ». La métaphore de la guirlande est souvent utilisée par les journalistes, comme dans ce cas :

« Une amusante anecdote sur l'émir Abd-el-Kader, qui vient de mourir.

L'illustre prisonnier de la France venait d'arriver à Bordeaux, et le général commandant la division, désireux de lui faire les honneurs de la ville fit préparer une brillante représentation au Grand-Théâtre.

Les jolies et sémillantes Bordelaises rivalisèrent d'élégance et de luxe de toilettes, si bien que lorsque l'émir entra dans sa loge, autour de lui étincelait aux lumières du lustre une triple guirlande de femmes de diamants et de fleurs. Abd-el-Kader resta un instant ébloui puis, s'apercevant que toutes ces dames étaient en toilette de bal, c'est-à-dire les épaules nues, il se tourna vers le général et lui dit :

— Comment, au sein de votre civilisation si vantée, les femmes osent-elles se montrer ? Souffrez que je me retire.

Et il quitta le théâtre au grand désappointement des jolies spectatrices »¹¹.

Ces spectatrices en loge ont à leur disposition une panoplie d'objets qui sont comme des accessoires de scène. Dans ce « théâtre du visage, du buste, des mains¹² », elles manient volontiers la lorgnette ou les jumelles. Elles ont encore plus souvent un éventail à la main, celui-ci servant à se cacher, mais aussi à communiquer selon la façon dont on le positionne. Il existe des éventails-bouquets qui font la transition avec les bouquets — autre type d'accessoires qui a son propre langage. Gants, châles, mouchoirs peuvent être posés sur le rebord de la loge, laquelle est parfois dotée de miroirs qui démultiplient cette mise en scène de la spectatrice. Un article publicitaire de 1891 peut nous aider à compléter notre inventaire :

« Un charmant cadeau pouvant s'offrir à la plus raffinée de nos élégantes, c'est le "Bagage Théâtre Lemarié". Cette dernière venue des nouveautés de l'année se compose d'un sac de riche brocart contenant ce que l'on peut appeler un nécessaire de théâtre, c'est-à-dire un éventail représentant une scène d'un de nos grands opéras, une lorgnette, un flacon de sels, une bonbonnière et une boîte à poudre de riz. Ces objets sont en ivoire peint ou gravé, nacre blanche ou noire gravée, écaille brune ou blonde »¹³.

¹⁰ Cité par J.-C. Yon, *Histoire du théâtre à Paris de la Révolution à la Grande Guerre*, Paris, Aubier, p. 163.

¹¹ *Le Moniteur des Pyrénées*, n° du 6 juin 1883, « Faits-Divers ».

¹² G. Banu, *op. cit.*, p. 146.

¹³ *Le Figaro*, n° du 22 décembre 1891, « Noël et les étrennes » par Carel du Ham

La loge est le décor idéal pour ce jeu social et mondain. Toute personne appartenant à l'élite se doit d'y paraître afin d'assouvir dans les meilleures conditions possibles cette soif de théâtre qui caractérise les Français du XIXe siècle.

LA TOUTE-UISSANCE DES LOCATAIRES DES LOGES

Le premier point dont la jurisprudence permet de prendre conscience est le fait que les locataires des loges en ont la libre et exclusive disposition. Ils y font venir qui ils veulent et on ne peut y introduire personne sans leur accord, même si la loge est vide (et cela même quand la salle est pleine et que le théâtre pourrait encore vendre des places). Les locataires des loges peuvent également les sous-louer. Le directeur du théâtre a si peu d'emprise sur une loge déjà louée qu'il ne peut pas l'utiliser en faveur des autorités. C'est ce qu'illustre une affaire jugée par le tribunal civil de Troyes, le 6 mai 1847. Au Théâtre de Troyes, une certaine Mme Marcotte, veuve d'un receveur général des finances, loue à l'année une loge d'avant-scène, la loge n° 1, pour 1000 francs. Or, pour la première représentation de l'année théâtrale¹⁴, le 2 mai 1847, le directeur, M. Filhol, lui demande de céder sa loge au général Husson, commandant le département, et à son état-major. Il agit sur la volonté expresse du maire de Troyes. Mme Marcotte refuse et, le soir du 2 mai, elle fait envoyer un huissier au contrôle pour obtenir la clé de sa loge. Filhol refuse et deux officiers prennent possession de la loge au nom du général Husson (qui toutefois ne vient pas).

Le directeur s'appuie sur une lettre du maire qui rappelle que cette loge n° 1 était autrefois occupée par l'autorité militaire. Lors du procès, l'avocat de la plaignante, M^e Berthelin, s'exprime ainsi :

« Dans le procès qui nous occupe, je crois qu'on a voulu voir si Mme Marcotte céderait devant la colère municipale ; on s'est étrangement trompé. [...] Je me résume : aucun droit ne peut priver M. Filhol de la faculté de louer sa salle comme il l'entend. Elle est sa chose, son fonds de commerce. Il a consenti un bail à notre profit, il faut que ce bail s'exécute et qu'il s'exécute promptement dans l'intérêt du directeur ; il y a spectacle ce soir, c'est-à-dire qu'il y a urgence. Nous demandons l'exécution provisoire et sur minute du jugement que nous attendons ».¹⁵

¹⁴ Au XIXe siècle — et selon un héritage de l'Ancien Régime —, l'année théâtrale va de Pâques à Pâques.

¹⁵ *Gazette des Tribunaux*, n° du 12 mai 1847. Tribunal civil de Troyes, audience du 6 mai 1847.

Le Tribunal donne raison à Mme Marcotte, si bien que l'article de la *Gazette des Tribunaux* se clôt en ces termes :

« Le jugement a été immédiatement exécuté par le sieur Filhol, et le soir même Mme Marcotte prenait possession de sa loge. Tous les amis de Mme Marcotte, présents à la représentation, sont venus lui faire visite et la féliciter de la fermeté qu'elle avait déployée dans cette affaire, et du succès qu'elle avait obtenu »¹⁶.

UNE LOCATION QUI PEUT N'ETRE PAS RECONDUITE

Si la location d'une loge peut être renouvelée par tacite reconduction — point généralement admis —, une direction de théâtre peut refuser de renouveler une location. C'est là notre deuxième point. La liberté du directeur en la matière est généralement confortée par les tribunaux. On va le voir avec une affaire jugée par la 1^{re} Chambre du tribunal civil de la Seine le 22 mai 1844. Il s'agit d'un procès à sensation, car il concerne une loge particulièrement fameuse, une des loges d'avant-scène de l'Opéra de Paris que les gens de théâtre et le public ont rebaptisé la « loge des Lions¹⁷ ». En 1844, cette loge de six places est louée depuis sept ans par Jules Robin, membre du très huppé Jockey-Club. La *Gazette des Tribunaux* évoque ainsi cette loge qu'elle qualifie par ailleurs de « plus souveraine à l'Opéra que les loges princières et royales » : « Cette loge, qui recevait les membres les plus fashionables du Jockey-Club, avait été meublée avec une somptuosité et un confort [*sic*] d'une exquise recherche. De splendides tentures, des glaces de haut prix, et de moelleux divans ornaient cette délicieuse retraite des lions de la mode et des rois du *sport* »¹⁸. Robin, cependant, apprend que son nom a été rayé du « service des loges ». Il proteste et veut verser à l'Opéra le prix d'une nouvelle année de location (soit 5100 francs), mais se heurte au refus de Léon Pillet, le directeur du théâtre. Robin dit s'appuyer sur l'usage en vigueur dans tous les théâtres de la capitale et porte plainte devant la commission des théâtres royaux¹⁹ qui rappelle un avis qu'elle a rendu en 1837, à savoir que « l'administration de l'Opéra » a le droit « de refuser, quand elle le juge convenable, de renouveler la location des loges à l'année ».

Le tribunal donne raison à Pillet. Citons deux paragraphes des attendus :

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ On a vu, avec Amélie Weiler, que ce terme était aussi utilisé en province.

¹⁸ *Gazette des Tribunaux*, n° du 23 mai 1844. Tribunal civil de la Seine (1^{re} Chambre), audience du 22 mai 1844. On notera l'italique, le mot « sport » étant alors peu usité en France.

¹⁹ Cette commission, créée par Louis-Philippe en 1831, n'a qu'un rôle consultatif. Ses avis sont plutôt libéraux, mais son pouvoir est restreint.

Les loges de théâtre au XIXe siècle : au carrefour du public et du privé

« Attendu que le directeur a le droit de disposer des loges qui en dépendent de la manière qu'il croit la plus avantageuse pour son exploitation, pourvu qu'il ne dépasse pas les différents tarifs qui sont fixés suivant la durée et le genre de la location ; qu'ainsi on ne peut le contraindre à renouveler un bail qui lui paraît contraire à ses intérêts ;

[...] Attendu que si Robin a fait des embellissements aux loges qu'il louait, il savait que son bail ne durait qu'un an et qu'à l'expiration de ce bail il courait la chance de ne plus jouir des dépenses qu'il avait faites ; que, dès lors, il a dû prévoir ce prétendu préjudice, dont il ne peut se plaindre aujourd'hui, puisqu'il s'est exposé volontairement à le subir »²⁰.

Mais Robin n'est pas homme à accepter sa défaite. Des mémoires sont rédigés dans les deux camps et l'affaire, qui fait grand bruit, repasse devant la 4^e chambre de la Cour royale de Paris le 22 août 1844, devant un public nombreux et en présence de plusieurs membres du Jockey-Club.

Le premier jugement est confirmé. Dans le mémoire que Pillet, le directeur de l'Opéra, a fait rédiger et qui est cité à l'audience, on peut extraire le passage suivant qui donne une bonne idée des hiérarchies sociales ainsi que les diverses raisons qui sous-tendent l'attribution des loges :

« Certes, il importe à un directeur de théâtre, et surtout au directeur d'un théâtre tel que l'Opéra, de maintenir dans sa salle les habitudes de la bonne société ; il est des loges qui, par leur situation, leur voisinage, ne peuvent pas être abandonnées au premier venu !... À côté d'une loge occupée par des familles de distinction, par la famille royale peut-être, laisseriez-vous s'installer à l'année une fille entretenue, qui aura précisément choisi cette place comme la plus apparente et la plus favorable au scandale dont elle vit ?

Dans cette autre loge, d'un prix modique et d'un placement assuré, laisseriez-vous s'installer le marchand de billets qui vient chaque jour en vendre les coupons à votre porte, et dont la police ne peut par parvenir à réprimer le commerce ?

À l'avant-scène, dans ces loges où les spectateurs peuvent, s'ils sont animés d'intentions hostiles, soit contre certains artistes, soit contre la direction, abuser (comme cela s'est vu) de leur position exceptionnelle pour troubler ces artistes en scène, pour les intimider, soit en causant trop haut, soit en les apostrophant, le choix du locataire est-il une chose indifférente ? »²¹.

Dans sa plaidoirie, l'avocat de Robin, M^e Paillet, cite ce passage et y répond de la manière suivante :

²⁰ *Gazette des Tribunaux*, *ibidem*.

²¹ *Gazette des Tribunaux*, n° du 23 août 1844. Cour royale de Paris (4^e Chambre). On notera au passage l'importance du trafic de billets dans les théâtres du XIXe siècle.

« Or, il est bon que l'on sache que la loi que se sont fait les personnes de la société de M. Robin, et qu'ils n'ont jamais manqué d'observer, c'est de n'introduire jamais, et sous aucun prétexte, une femme, quelle qu'elle soit, dans leur loge ; [...] ; c'est un fait de notoriété publique, et [je ne comprends pas] que l'on ose hasarder les insinuations que je viens de faire connaître, insinuations dont il est impossible à tout homme qui les lit de ne pas voir qu'on en veut faire une application à M. Robin »²².

En donnant raison à Léon Pillet, le tribunal ne manque pas de rappeler l'avis de la commission des théâtres royaux de 1837 et il confirme que le directeur, pourvu « qu'il se conforme à son tarif [...] est libre de prendre, en pareille circonstance, toutes les mesures administratives qu'il croit avantageuses ; que son droit, à cet égard, n'est limité que par son propre intérêt et par des convenances auxquelles l'administration aurait le pouvoir de le rappeler s'il y manquait »²³.

QUE SE PASSE-T-IL EN CAS DE DESTRUCTION DE LA SALLE ?

Un troisième point est lié au fait que les salles de théâtre peuvent être détruites (notamment par des incendies, hélas fréquents dans l'histoire théâtrale²⁴). Dans ce cas, le bail est résilié de plein droit. Mais que se passe-t-il si la direction du théâtre relance son exploitation dans une autre salle ? Le locataire peut-il exiger une nouvelle loge ? Ce cas de figure (qui s'est présenté dans l'affaire de la « loge Choiseul ») peut être appréhendé à travers une affaire jugée par la 1^{re} Chambre du tribunal civil de Paris le 28 février 1838. Elle concerne le Théâtre-Italien installé dans la salle Favart de 1825 à 1838, mais qui, à la suite d'un incendie le 15 janvier 1838, s'est transporté à la salle Ventadour dès le 30 janvier suivant. Un certain Véry avait une loge à la salle Favart. Il demande au directeur, Robert, de conserver son droit à une loge dans la nouvelle salle, ce qui lui est refusé. Lors du procès, M^e Bavoux, l'avocat de Véry, explique notamment :

« On m'accordera bien qu'il s'agit ici d'un louage d'une nature particulière, et dont il importe de signaler à la fois les caractères et l'objet. Je concevrais l'application de l'article 1722 si la location avait porté précisément et principalement sur la portion de la salle, sur l'espace de terrain dont chaque loge est composée ; mais on est bien forcé de reconnaître que la loge elle-même, prise matériellement, n'est que l'accessoire de la location, et que cette location porte principalement sur le droit de jouir pendant toute la

²² *Ibidem*.

²³ *Ibidem*.

²⁴ Cf. J.-C. Yon, *Une histoire du théâtre à Paris...*, *op. cit.*, p. 168-172. Par ailleurs, les actes du colloque « D'une salle Favart à l'autre : l'Opéra-Comique de 1887 à 1900 », en large partie consacré à l'incendie du 27 mai 1887, sont en cours de préparation.

saison d'hiver des représentations théâtrales. Or, ce droit a survécu à l'incendie de la salle, car il n'importait que fort peu, que très subsidiairement aux abonnés, de jouir du spectacle dans telle salle plutôt que dans telle autre. Dès que la possibilité pour M. Robert de poursuivre les représentations a continué de subsister, l'exécution du contrat de louage doit aussi continuer²⁵ ».

Mais le Tribunal donne raison à Robert en s'appuyant sur l'article 1722 du Code civil « attendu que par la perte totale de la chose louée, le bail a été résilié de plein droit²⁶ ». Véry n'a droit qu'à récupérer une portion du prix de sa location, à savoir le remboursement du prix qu'il aurait payé par anticipation pour le restant de sa jouissance. Si l'on compare le cas de Véry et celui des héritiers Choiseul, on voit que les occupants des loges ne sont pas tous logés à la même enseigne — loin de là. La salle qui brûle en janvier 1838 est en effet la 1^{re} salle Favart où les Choiseul disposent d'une loge à perpétuité dès son ouverture, en 1783. Or, non seulement les héritiers se font garantir une loge dans le cadre de la reconstruction de la salle suite à l'incendie de 1838, mais encore ils jouissent d'une loge dans les différentes salles occupées par l'Opéra-Comique, lequel a quitté la 1^{re} salle Favart dès 1801 et ne retrouve son emplacement « historique » de 1783 qu'en 1840 avec l'ouverture de la 2^e salle Favart.

UNE UTILISATION PAS TOUJOURS CLAIRE A DEFINIR

On le voit, la réglementation permet des abus tant du côté des spectateurs que des directions théâtrales. La définition des jours où le locataire d'une loge peut en jouir n'est pas — elle non plus — toujours très claire. Ce quatrième point est illustré par une affaire jugée par la 1^{re} Chambre du tribunal civil de Paris le 5 février 1842. MM. Lefebure de Saint-Maur ont obtenu, du chef de leur père, notaire à Paris, la concession d'une loge au Théâtre Feydeau, installé dans la salle du même nom. La salle Feydeau a accueilli à partir de 1801 l'Opéra-Comique et quand elle fut détruite en 1829 et que l'Opéra-Comique s'est transporté à la salle Ventadour, MM. Lefebure de Saint-Maur ont obtenu une « portion » de loge dans cette salle pour cinq ans (on constate au passage qu'ils ont obtenu ce qui sera plus tard refusé à Véry).

La salle Ventadour, construite pour accueillir l'Opéra-Comique — avec qui le bâtiment a été en effet ouvert en avril 1829 — connaît toutefois un destin très compliqué dans les années 1830 et est exploitée par plusieurs entreprises théâtrales différentes (Opéra-Comique,

²⁵ *Gazette des Tribunaux*, n° du 28 février 1838. Tribunal civil de Paris (1^{re} Chambre), audience du 28 février 1838.

²⁶ *Ibidem*.

Théâtre Nautique, Théâtre-Italien comme on l'a vu avec le cas de Véry, Théâtre de la Renaissance²⁷). Les Lefebure de Saint-Maur parviennent malgré tout à maintenir leur concession et, en juillet 1840, un jugement condamne les propriétaires de la salle à leur accorder pour un certain nombre de mois « la jouissance effective d'un quart de loge ». En février 1842, le tribunal est saisi pour savoir à quoi correspond concrètement ce « quart de loge » qui, à cette date, leur est attribué pour vingt mois encore. MM. Lefebure de Saint-Maur estiment qu'ils ont droit à une loge tous les quatre jours, soit cent cinquante représentations sur les vingt mois restant à courir. Leur calcul est le suivant : vingt fois trente jours font six cents jours qui, divisés par quatre, représentent cent cinquante représentations.

Pour les propriétaires de la salle et pour le directeur du Théâtre-Italien (qui y est installé depuis 1838 et définitivement depuis 1841), les Lefebure de Saint-Maur n'ont droit à une loge que pour le quart des représentations :

M. Boursault, propriétaire de la salle, et M. Dormoy, directeur des Italiens, qui venait prendre fait et cause pour M. Boursault, soutenait, au contraire, qu'ils ne devaient attribuer à MM. Lefebure de Saint-Maur que le quart des représentations que donneraient les Italiens pendant vingt mois, et ils se refusaient à tenir compte de la fermeture du théâtre pendant six mois et de sa fermeture pendant quatre jours de la semaine. [...] M. Dupin [avocat de M. Dormoy] soutenait ensuite que la durée de la jouissance devait s'interpréter, non en raison du temps ordinaire de l'année, mais bien en raison de l'année théâtrale, qui diffère selon la nature des entreprises dramatiques. L'année théâtrale, qui est de trois cent soixante jours au Théâtre-Français et à l'Opéra-Comique, n'est que de cent quatre-vingts jours aux Italiens et à l'Opéra, et MM. Lefebure de Saint-Maur sont obligés d'accepter leur jouissance à une loge, quelle que soit la nature du spectacle. Leur jouissance, pour n'être point aussi fréquente qu'elle l'était à la Renaissance ou au Théâtre-Nautique, n'est assurément pas moins avantageuse aux Italiens²⁸.

C'est ce dernier décompte qui est validé par le Tribunal.

²⁷ Cf. N. Wild, *Dictionnaire des théâtres parisiens, 1807-1914*, Lyon, Symétrie, 2012, p. 422-425. La salle existe toujours, dans le 2^e arrondissement de Paris. Encadrée par les rues Méhul, Monsigny, Marsollier et Dalayrac, elle a été transformée en banque en 1879 et a gardé depuis cette fonction.

²⁸ *Gazette des Tribunaux*, n° du 5 février 1842, « Chronique ». Le Théâtre-Italien ne joue alors que trois fois par semaine (mardi, jeudi, samedi), en alternance avec l'Opéra, et sa saison ne dure que six mois.

LE ROLE DU DIRECTEUR PAR RAPPORT AU PROPRIETAIRE DE LA SALLE

Notre cinquième et dernier point concerne le cas où la concession de la loge est faite par le propriétaire de la salle et non par le directeur (ce qui était déjà le cas des Lefebure de Saint-Maur). Cette fois-ci, il s'agit du Cirque-Olympique, installé boulevard du Temple, dont Jules Gallois a été le directeur de 1844 à 1847²⁹. Gallois a obtenu du propriétaire de la salle la concession d'une loge. Les directeurs successifs, en poste après lui, ont lutté contre cette concession, mais en vain. En février 1851, Gallois a fait valider son bon droit par la justice. Tout va changer en 1853. Ouvrons la *Gazette des Tribunaux* à la date du 28 avril 1853 :

« Nous avons eu à parler souvent de la loge de M. Gallois au Cirque-Olympique. M. Gallois, ancien directeur de ce théâtre, s'est réservé, comme chacun sait, pour consoler sa retraite, une loge de quatre places dont la concession personnelle et gratuite devait durer tant qu'aurait lieu l'exploitation par la société. Depuis 1847, les directeurs se sont succédé : M. Mirecourt, M. Meyer, M. Billion ont tenu tour à tour le sceptre olympique ; ils ont passé, et M. Gallois, dans sa loge, les a vus régner et tomber, tour à tour ; mais s'il leur a survécu, ce n'est pas sans combattre. M. Billion a disputé à M. Gallois la possession de sa loge, et il a fallu jugement et arrêt pour maintenir l'heureux concessionnaire.

Mais les directeurs n'ont pas seuls changé, et l'immeuble lui-même a vu se succéder de nouveaux propriétaires ; et M. Gallois, vainqueur des premiers, a succombé devant les efforts de ceux-ci.

Aujourd'hui, M. Dejean et Mme la marquise de Portes, adjudicataires de l'immeuble affecté au théâtre, contestent l'existence du droit de M. Gallois, et opposent qu'aucune clause de l'enchère n'a imposé cette charge aux adjudicataires.

En conséquence, la 2^e Chambre du Tribunal, présidée par M. d'Herbelot, a ordonné l'expulsion de M. Gallois et l'a condamné aux dépens »³⁰.

Billion, directeur du Cirque-Olympique de 1850 à 1859, doit donc son salut à Dejean qui, acquéreur du théâtre en janvier 1853 avec Mme de Portes, en avait été le directeur de 1836 à 1844 et était par ailleurs en contentieux avec Gallois à propos du privilège de l'établissement. C'est vainement que Gallois a fait valoir que cette loge lui avait été accordée en 1847 comme « condition de sa retraite ». Le jugement rendu en avril 1853 met en avant les droits de Billion qui « a un intérêt évident à obtenir l'entière possession des lieux loués » et condamne Gallois

²⁹ Sur la question compliquée du développement du cirque à Paris à cette époque, on nous permettra de renvoyer à notre article « Du Cirque-Olympique au Cirque d'Hiver : une mutation décisive dans le Paris des années 1840 et 1850 », *Autour de Vallès. Revue de lectures et d'études vallésiennes*, n° 42, 2012, p. 23-31.

³⁰ *Gazette des Tribunaux*, n° du 28 avril 1853, « Chronique ».

« à payer au demandeur la somme de six mille francs à titre de dommages-intérêts, à raison de la privation qu'a éprouvée ledit demandeur de la jouissance de la loge dont il s'agit³¹ ».

CONCLUSION

En guise de conclusion, on peut citer un ouvrage de 1878 qui, en donnant une définition des loges, insiste sur les possibilités pour leurs occupants d'être ou non vus du reste du public, ce qui conduit à évoquer à demi-mots leur utilisation comme lieu de rencontres amoureuses :

« Loges — Petites boîtes, grillées, couvertes ou découvertes, placées un peu partout dans l'intérieur d'une salle ; quelques-unes sont faites en forme de box.

Il y a des loges où les femmes se mettent pour voir sans être vues, et d'autres où elles se mettent pour être vues sans voir. Il y a de même des loges où on ne vous voit pas et d'où vous ne voyez rien : que peut-on bien y aller faire ? Si c'est un mystère, respectons-le. Les ouvreuses prétendent que ces mauvaises loges sont les plus fructueuses pour elles³² ».

À cette définition, on peut juxtaposer un propos d'Adorno qui confère à la loge une dimension proprement érotique :

« [...] La femme avec laquelle tu partages l'intimité des profondeurs de la loge, qui a pris son manteau avec elle comme dans sa chambre et le jette hâtivement sur le petit divan, comme si le temps vous était compté — car vous êtes arrivés tard — ; et qui maintenant s'expose avec toi pour être dissimulée dans l'ombre — cette femme est pour cette soirée ta maîtresse, même si tu ne la possèdes jamais autrement que dans le cadre étroit et sombre qui vous a unis en un tableau³³ ».

Ces considérations et les cinq cas particuliers que nous avons étudiés auront, nous l'espérons, en quelque sorte planté le décor pour ce qui est le cas le plus extraordinaire en matière de conflit autour d'une loge à l'époque contemporaine : la loge des Choiseul à l'Opéra-Comique.

³¹ *Le Nouvelliste*, n° du 1^{er} mai 1853, « Chronique judiciaire ». L'affaire est particulièrement compliquée, car la salle du Cirque-Olympique a accueilli de novembre 1847 à mars 1848 l'Opéra-National qui exploite un tout autre genre.

³² A. Bouchard, *La Langue théâtrale [...]*, Paris, Arnaud et Labat libraires-éditeurs, 1878, p. 156-157. On remarquera la dimension genrée de la définition.

³³ T.W. Adorno, « Histoire naturelle du théâtre », *Quasi una fantasia*, cité par Banu, p. 179.

« LA GUERRE PICROCHOLINE » DE L'AFFAIRE DE LA LOGE DU DUC DE CHOISEUL.

Franck Monnier*

Table des matières

| | |
|--|-----------|
| INTRODUCTION..... | 34 |
| 1. LE THEATRE DANS LA VILLE : LES INTERETS CROISES DE LA MONARCHIE ET DE LA FAMILLE DE CHOISEUL | 35 |
| 1.1. L'IMPORTANCE DES THEATRES POUR L'ECONOMIE DE LA VILLE | 36 |
| 1.2. L'OPERA-COMIQUE ET LA MONARCHIE | 37 |
| 1.3. LA BONNE OPERATION DES CHOISEUL..... | 39 |
| 2. LA PORTEE SYMBOLIQUE DES LOGES DEPUIS LE XVIII^E SIECLE..... | 40 |
| 2.1. LA LOCATION DE LOGES | 41 |
| 2.2. LES LOGES : RESEAU ET MONDANITES | 42 |
| 3. LA LOGE DE CHOISEUL COMME PROPRIETE PRIVEE | 43 |
| 3.1. LA LOGE DE CHOISEUL COMME « BIJOU DE FAMILLE »..... | 43 |
| 3.2. LA QUALIFICATION IMPROPRE DE PRIVILEGE..... | 44 |
| 3.3. LA GARANTIE REPUBLICAINE DU DROIT DE PROPRIETE..... | 45 |
| 3.4. UNE CONTROVERSE AVANT TOUT POLITIQUE | 46 |

* Franck Monnier, Maître de conférences en Histoire du droit. Historien du droit, Université Versailles–Saint-Quentin en Yvelines — Université Paris-Saclay.

Abstract

The picrocholine war between the Choiseul family and the Opéra-Comique, even reported in the press, over the Duke of Choiseul's lodge must be put into perspective in history. This dates back to the second half of the 18th century, when theatres made a major contribution to the economic prosperity of the Kingdom's cities, Paris in particular. It was in 1781, when the Opéra-Comique troupe settle down on one of the lands of the Duke of Choiseul, that he was granted a lodge, implying an entrance fee for him and his heirs, in exchange for a contribution to the building of the new theatre. Since then, this lodge has been an important source of additional income for the Opéra-Comique, as well as raising high-society issues. Although it remains a real "family jewel", it is inaccurate to describe the Choiseul Lodge as a privilege. As the rights claimed by the Duke of Choiseul's heirs are merely an illustration of the republican guarantee of property rights, the controversy is above all political.

Résumé

La guerre picrocholine que se livrent aujourd'hui jusque dans la presse la famille Choiseul et l'Opéra-Comique au sujet de la loge du Duc de Choiseul doit être mise en perspective dans l'histoire. Celle-ci remonte au second XVIIIème siècle, alors que les théâtres contribuent largement à la prospérité économique des villes du Royaume, de Paris en particulier. C'est en 1781, à l'occasion de l'installation de la troupe de l'Opéra-Comique sur l'un des terrains du Duc de Choiseul, que celui-ci bénéficie d'une loge, impliquant un droit d'entrée pour lui et ses héritiers, en échange d'une contribution à l'édification du nouveau théâtre. Cette loge constitue depuis lors une source de revenus complémentaires importante pour l'Opéra-Comique, de même qu'elle a pu soulever des enjeux mondains. Bien qu'elle demeure un véritable « bijou de famille », il est inexact de qualifier la loge de Choiseul de privilège. Les droits dont se prévalent les héritiers du Duc de Choiseul n'étant qu'une illustration de la garantie républicaine du droit de propriété, il y a lieu de considérer que la controverse est avant tout politique.

INTRODUCTION

La controverse au sujet des travaux réalisés dans le théâtre se trouve être la réminiscence d'une querelle séculaire opposant l'Opéra-Comique à la famille de Choiseul.

L'institution de l'Opéra-Comique, aujourd'hui scène nationale, est née au XVIII^e siècle du théâtre de foires et de la réception en France de la *Comedia dell'arte*. Elle sera installée sous Louis XVI dans la première salle Favart construite en 1783 selon les plans de l'architecte Jean-François Heurtier sur les terrains des Choiseul. La salle Favart que nous connaissons aujourd'hui dont la dernière restauration a été achevée en 2017 — est en réalité le troisième théâtre bâti sur cet emplacement après les incendies de 1838 et 1887. Les sinistres dont les bâtiments ont souffert ne sont pas des exemples isolés : du XVIII^e au XX^e siècle, en France, la salle du Palais-Royal, la salle Le Pelletier ou le Grand-Théâtre de Marseille ont également péri dans les flammes, révélant la dangerosité de l'activité théâtrale dans le milieu urbain. Ces drames n'ont pas eu pour seul effet de provoquer des améliorations successives de la réglementation anti-incendie. Des procès se sont tenus. Les reconstructions des théâtres et les travaux d'amélioration réalisés dans les salles ont permis aux titulaires de loges de revendiquer en justice — jusque durant la seconde moitié du XX^e siècle — des droits d'occupation pouvant prendre leurs racines dans l'ancienne France.

L'attachement de la famille de Choiseul à sa loge semble aussi fort que le désintérêt manifesté par ce théâtre national pour la préservation du droit d'entrée invoqué par les héritiers. Il convient dès lors de mettre en perspective dans l'histoire la guerre picrocholine que se livrent aujourd'hui jusque dans la presse les Choiseul et l'Opéra-Comique.

1. LE THEATRE DANS LA VILLE : LES INTERETS CROISES DE LA MONARCHIE ET DE LA FAMILLE DE CHOISEUL

Au XVIII^e siècle, l'enrichissement de la bourgeoisie et les politiques d'urbanisme déployées, dans le royaume, par les intendants et les corps municipaux provoquent une adaptation du tissu urbain aux besoins de la société.

Il faut satisfaire les attentes d'un groupe social qui n'est plus seulement émergent. Ce contexte de « théâtromanie » dans les villes principales de France va naître et s'institutionnaliser dans l'Opéra-Comique. Le théâtre, en effet, revêt tout à la fois une importance politique et économique pour le royaume. S'y intéressent tant les spéculateurs que l'État.

1.1. L’importance des théâtres pour l’économie de la Ville

Le second XVIII^e siècle révèle une évolution du gouvernement royal. L’économie de la dépense dans le domaine des arts et le rôle du roi mécène sont affectés. L’état des finances royales impose de repenser le rôle de la dépense publique.

L’économie, saisie par la République des lettres, se structure de façon embryonnaire avec la « gallicisation » des théories libérales anglaises. Ce qui n’était alors qu’une branche du commerce commence à prendre son indépendance pour devenir une matière à part entière : elle se projette déjà comme objet de gouvernement.

Les prolégomènes de la pensée économique poussent le roi à questionner le bienfondé de la dépense en matière artistique, et particulièrement théâtrale. Les premiers rapports sont commandés au sujet de l’Académie royale de Musique, institution colbertiste aujourd’hui connue sous le nom d’Opéra de Paris. On s’interroge. L’Académie doit-elle être régie par l’État, ou livrée à des entrepreneurs, aux risques et périls de leur fortune ?

Les rapports ne tranchent pas directement la question. Ils relèvent toutefois que retirer la contribution publique à l’Opéra serait un calcul hasardeux. Le budget de la Maison du roi en serait moins allégé que l’économie parisienne s’en trouverait affectée¹. Les théâtres, en effet, alimentent l’économie parisienne dans les quartiers où ils sont édifiés. Ils drainent des spectateurs fortunés de la ville, du royaume et d’Europe. Les affaires fleurissent. Commerçants et buvetiers engrangent de bons bénéfices. Les personnels des théâtres font vivre leur famille et les théâtres font vivre les artisans. Il leur faut recourir aux services des drapiers, tailleurs, denteliers, cordonniers, blanchisseurs, passementiers, cordiers, plumassiers, fleuristes, menuisiers, etc. On passe des marchés avec des fournisseurs de tissus, de bois, de bougies etc.

La correspondance administrative commence à parler de « service public » pour la première scène lyrique de France². On prend conscience de l’utilité publique des établissements royaux de théâtre. Le Conseil du roi, à un moment où, entre 1758 et 1770 la politique est dominée par le duc de Choiseul, principal ministre d’État, débat fréquemment des questions théâtrales. Ainsi la multiplication des théâtres répond-elle à une logique éprouvée dans la France des lumières. Le royaume, dans son ensemble, serait intéressé à la prospérité des grandes scènes. Les théâtres sortent des jeux de paume, des hangars, des salles de banquets et des hôtels

¹ Bibl. Opéra. *Réflexions sur l’Opéra et sur sa conservation*, mémoire anonyme rédigé à la fin des années 1740.

² Voy., en ce sens, Arch. Nat., O¹ 613, Versailles, le 14 juin 1759 et 16 décembre 1772, Lettres du ministre de la Maison du roi à Rebel.

de ville dans les villes de négoce, de Parlement et de garnison : Dijon, Aix, Rennes, Lille, Chalon, Nantes, Strasbourg, Besançon, Marseille, Lyon, Toulouse, Bordeaux, Rouen, mais encore Alençon, Angoulême, Saint-Étienne³. La création du théâtre — ou d'un nouveau théâtre — vient donner à voir la prospérité économique de la ville, qu'elle soit réelle ou seulement revendiquée par les édiles.

Paris n'échappe pas à ce mouvement. Le gouvernement royal tient à construire un écrin pour ses théâtres privilégiés. Alors que troupes privées fleurissent, et que les compagnies se dotent de salles modernes, des opérations d'urbanisme sont lancées par le roi. Il faut déplacer la Comédie Française, et reconstruire les salles incendiées de l'Opéra. Bien sûr, la Comédie italienne — futur Opéra-Comique — ne fait pas exception.

1.2. L'Opéra-Comique et la Monarchie

Le roi accorde des privilèges aux troupes qu'il protège. En 1669, l'Académie de musique obtient le privilège des représentations en musiques et en vers français⁴. En 1680, les Comédiens-français obtiennent le leur. Ces privilèges doivent protéger ces établissements contre la concurrence des autres théâtres. C'est également une source de revenus pour l'Opéra. L'Académie monnaie à des entrepreneurs de spectacles, principalement en province, le droit de jouer des pièces chantées⁵.

Dans le Paris des Lumières, la rigidité des privilèges se heurte à la vie culturelle des Parisiens. Plusieurs catégories de spectacles répondent à leurs aspirations. Les théâtres non-officiels se développent. Les foires de Paris, dont la plus florissante est celle de Saint-Germain, ne cessent d'attirer l'attention d'un public nouveau. Tous les Parisiens ne trouvent ni leur place dans les grands théâtres protégés ni leur intérêt dans les genres cloisonnés des scènes privilégiées. Les foires Saint-Laurent et Saint-Germain déploient de nombreux divertissements. Entre autres illusionnistes, cracheurs de feu ou danseurs de corde, des théâtres ambulants se montent sur de simples tréteaux. Faire respecter le privilège des théâtres protégés confine au vœu pieux⁶. Aussitôt démontés, les spectacles populaires s'évaporent dans la foule pour

³ D. Rabreau a publié une très belle étude sur la place des théâtres dans les villes les Lumières. Cf. D. Rabreau, *Apollon dans la ville, essai sur le théâtre et l'urbanisme à l'époque les Lumières*, Tours, Éditions du patrimoine, 2008, 223 p.

⁴ Bibl. Opéra, *Recueil des lois et règlements relatifs à l'Académie royale de musique de 1669 à 1714*. Lettres patentes du 28 juin 1669.

⁵ Voy., par exemple le traité passé entre Lully et le fondateur de la scène lyrique à Marseille. Cf. Arch. Nat., MC.XCVI-134, Traité du 8 juillet 1684.

⁶ Le directeur Nicolas de Francine, concède l'entreprise des foires en 1698, mais ce contrat échoue à donner un cadre à l'activité. Cf. Arch. Nat. MC.CXII-336. Concession du 18 décembre 1698.

ressurgir deux rues plus loin. Dans ces conditions, les contentieux sont peu nombreux, d'autant que les théâtres privilégiés ne s'apportent aucune aide mutuelle depuis la brouille entre Lully et Molière. Même les auteurs de tragédies lyriques recherchent un public nouveau dans les foires. Dès la fin du long règne de Louis XIV, ils parodient eux-mêmes leurs propres pièces. C'est le cas, par exemple, de l'abbé Pellegrin. L'auteur raille son propre livret de *Télémaque et Calypso*⁷ mise en musique par André-Cardinal Destouches. Sa nouvelle pièce sera jouée « à la muette » dans les foires pour contourner le privilège de l'Opéra, sous le titre d'*Arlequin Lustucru et Télémaque*.

Alors que la mode de l'*opera seria* recule en Europe, l'*opera bouffa* gagne le cœur du public. Le roi ne pouvait lutter contre ce mouvement. Plutôt qu'une interdiction vaine, le gouvernement préfère dessiner les contours d'une autorisation utile. Autoriser l'opéra bouffe permet de légiférer pour mieux encadrer le genre et les conditions dans lesquelles se déroulent ses représentations. C'est également un moyen de diffuser l'image d'une monarchie au contact de son siècle.

Ainsi l'*opera bouffa* venu d'Italie se nationalise-t-il progressivement en France pour devenir « opéra-comique ». Le privilège de l'opéra-comique est acheté d'abord par la Foire Saint-Germain avant d'être fusionné, après plusieurs sessions, avec la troupe du Théâtre italien. Les Italiens deviennent redevables d'un loyer substantiel⁸. La confrontation entre les deux répertoires italien et français tourne à l'avantage du genre français, plus propice à traduire, sur un ton décalé, les tracas quotidiens et les préoccupations politiques des Parisiens. Le gouvernement profite du succès pour achever la nationalisation du genre. En 1779, les pièces en italien se voient interdire l'appellation d'« opéra-comique ».

Une fois le genre séparé, en façade, de ses influences étrangères, il suscite un intérêt accru de la part des autorités. Il faut, en cette période de foisonnement pour l'urbanisme parisien, marquer symboliquement la présence du roi dans les nouveaux quartiers.

La troupe privilégiée de l'Opéra-Comique quitte alors son ancienne salle de l'hôtel de Bourgogne mal équipée. Elle doit être installée dans un théâtre flambant neuf, inauguré en présence de Marie-Antoinette. Si l'extension de Paris revêt une dimension d'utilité publique, si

⁷ Lorsqu'en 1714, le traité d'Utrecht est signé, André Cardinal Destouches et l'abbé Pellegrin représentent, dans *Télémaque et Calypso*, le couronnement du roi par l'astre du jour.

⁸ En 1766, la troupe des Italiens s'engage à verser un loyer de 30 000 livres. Cf. Arch. Nat. AJ¹³ 3. Bail de l'Opéra-comique du 29 janvier 1766.

le roi en retire un intérêt politique, il n'en demeure pas moins que la construction de ce théâtre à l'emplacement qu'on lui connaît aujourd'hui est aussi « affaire de gros sous ».

1.3. La bonne opération des Choiseul

La croissance de Paris éveille l'intérêt de tous les propriétaires de terrains dans les faubourgs et la périphérie non urbanisée de la ville. Les aristocrates et les financiers sauront ménager leurs intérêts. C'est le cas du duc de Choiseul. Après avoir lutté contre les intrigues de Cour qui ont secoué les dernières années de son secrétariat d'État, le principal ministre est disgracié par Louis XV. Il est prié de se retirer dans son domaine de Chanteloup. Les effets de la disgrâce et le train de vie dispendieux de l'ancien ministre grèvent lourdement ses finances personnelles. Il lui faut vendre une partie de sa collection d'œuvres d'art et de son hôtel aux portes de Paris. Cet expédient devait lui permettre d'attendre : il espérait vainement recouvrer le portefeuille des Affaires étrangères.

Les espoirs politiques déçus d'un Choiseul étranglé financièrement le poussent à la spéculation immobilière. On envisage alors le déplacement de ce que l'on appelle, encore par habitude, le Théâtre italien. Plusieurs projets avaient déjà été proposés. Le duc de Choiseul finit par emporter la décision. Il proposait d'offrir l'un de ses terrains pour la réalisation d'une cour d'escompte ; après plusieurs atermoiements, on décide finalement l'implantation du théâtre. À dessein, le duc emprunte pour racheter le fonds dont il s'était séparé sept ans plus tôt. L'affaire est entendue.

Le lien entre la présence d'un théâtre dans un quartier et l'augmentation des prix de l'immobilier est déjà connu. Entre plusieurs exemples à Paris ou en province, l'architecte Soufflot avait placé à Lyon son théâtre au cœur d'un lotissement particulièrement lucratif⁹. Au total, l'opération n'est guère risquée pour le duc. Fort de la présence attractive d'une salle de spectacles, il peut envisager sereinement de construire le long des rues nouvellement ouvertes dans les jardins de son hôtel. Pour tirer les bénéfices vers le haut, le duc confie à son architecte le soin de dresser les plans des bâtiments. Conformément à la politique d'embellissement de Paris souhaité par la Monarchie, le décor uniforme des façades va donner au nouveau quartier une perspective architecturale agréable¹⁰. Elle répond aux attentes d'une clientèle opulente, habituée à investir les quartiers grevés des servitudes décoratives imposées par l'administration

⁹ D. Rabreau, *op. cit.*, pp. 107-110.

¹⁰ J.-L. Harouel, *L'embellissement des villes, l'urbanisme français au XVIII^e siècle*, Poitiers, Picard, 1993, p. 175.

royale. Cette stratégie provoque un renchérissement opportuniste du prix de vente des immeubles.

Dès lors, le don du terrain — directement motivé par l’opération spéculative dont il demeure le point de départ¹¹ — semble perdre sa qualification de pure « libéralité ». En 1781, un traité est passé entre la troupe et le duc. Et le don de la loge, validé par le roi à charge pour le duc de Choiseul d’aliéner le fonds et de contribuer à l’édification du bâtiment, semble récompenser une opération avant tout intéressée.

De prime abord, on pourrait constater une disproportion favorable au roi entre l’octroi d’une simple loge et la contribution immobilière conséquente du duc en faveur du théâtre. En réalité, Choiseul obtient bien la part du lion si l’on remet le contrat dans la perspective d’une opération immobilière fort lucrative. La « générosité » affichée par le duc ne repose pas tant sur les honneurs ou la contrepartie de la loge. L’élément déterminant demeure bien l’ouverture des rues sur ses terrains, autorisées par lettre patente ; ainsi que les permissions et alignement nécessaires à la réalisation des travaux. D’autres montages étant possibles pour préserver les caisses de l’État, on peut légitimement s’interroger sur la nécessité d’une récompense accordée au donateur des terrains. Et l’Opéra-Comique, utile pour la ville et le roi, s’avère bien plus intéressant encore pour des donateurs : c’est une savonnette opportune pour l’opération spéculative. On se gardera toutefois de qualifier le contrat de léonin, dans la mesure où le roi n’est dupe de rien lorsqu’il valide la transaction. Toujours est-il que le traité passé entre le duc et les comédiens va s’avérer lourd à porter pour le théâtre sur le long terme : en vertu de cet accord, la troupe devra emporter avec elle le droit d’entrée des héritiers. Il faudra aussi garantir leur propriété par-delà les vicissitudes de l’activité risquée qu’est celle du spectacle aux XVIII^e et XIX^e siècles.

2. LA PORTEE SYMBOLIQUE DES LOGES DEPUIS LE XVIII^E SIECLE

En fonction des régimes politiques, de la politique artistique qu’ils déploient, de leur gestion en régie ou en entreprise, et de la conjoncture économique, les théâtres — fussent-ils privilégiés — ne sont pas toujours financés avec générosité sur les deniers publics. L’amélioration des recettes « à la porte » peut devenir un enjeu pour la survie des théâtres. De leur côté, les titulaires de loges — comme le révèle la littérature — entendent tirer profit de leur droit d’entrée pour cultiver leur réseau et paraître dans la bonne société.

¹¹ Les 19 juin 1779 et 14 octobre 1780, Louis XVI autorise par lettres patentes le percement des rues sur les terrains de Choiseul.

2.1. La location de loges

En accordant au duc de Choiseul la loge qu'il réclamait en contrepartie du terrain et de la participation à la construction de la salle, le roi espérait contenter un serviteur de la monarchie. Il entendait, dans le même temps, faciliter l'installation de l'ancienne comédie-italienne dans un nouveau quartier à moindre coût pour l'État. Ce moindre coût immédiat pour l'État représente sur le long terme un coût important pour l'institution théâtrale et, par voie de conséquence, pour les entrepreneurs privés ou établissements publics qui en garantissent — sur leurs deniers — le bon fonctionnement.

Les loges représentent une source de revenus pour des théâtres dont l'équilibre financier demeure plus que précaire et tributaire des subventions publiques. Les revenus dégagés par les loges offrent un complément non négligeable aux recettes perçues chaque soir de représentation. Les loyers des loges constituent des rentrées fixes d'argent, indépendantes du succès ou de l'échec des représentations. À l'Académie royale de musique, par exemple, dès le premier XVIII^e siècle, le gouvernement essaie d'interdire le prêt des petites loges par les titulaires des baux. Cette interdiction est outrepassée par les grands seigneurs au point de provoquer le mécontentement de l'Intendant des Menus-plaisirs, sourcilieux en matière de recettes¹². Le produit régulier des loges est d'autant plus important pour l'Opéra-Comique qu'il ne peut vendre ses entrées individuelles au même prix que les places de l'Académie de musique. Sous le Second Empire, l'Opéra percevait régulièrement plus de 10 000 francs de billets individuels par soirée tandis que l'Opéra-Comique, commençant à passer de mode, n'atteint pas 4 000 francs¹³. Ainsi déployée aujourd'hui sur plus de deux siècles, la présence de la loge privée des Choiseul, au sein d'un théâtre public, représente un avantage important : ce sont autant de recettes que l'institution ne pouvait engranger.

Si la présence de la loge de Choiseul au sein du théâtre n'est pas neutre pour l'institution, elle ne confine pas non plus à l'anecdote historique pour ses propriétaires : des enjeux mondains reposent sur la disposition d'un espace privé au sein d'un établissement de spectacles.

¹² Arch. Nat. O¹ 614. Paris, Lettre de l'intendant de Menus-plaisirs au ministre de la Maison du roi du 19 juin 1781.

¹³ Arch. Nat. F²¹ 1042. État des recettes journalières des théâtres de Paris.

2.2. Les loges : réseau et mondanités

La correspondance administrative relevant du XVIII^e siècle décrit admirablement les conditions dans lesquelles le duc d'Orléans ouvre sa loge à toute sa famille et à sa clientèle. La littérature du XIX^e siècle offre, quant à elle, des exemples nombreux de l'utilisation des loges par les familles aristocratiques. Elles sont imitées, dans des conditions plus humbles, par des bourgeois en recherche d'influence.

Dans *Illusions perdues*, Balzac relate l'utilisation de la loge des premiers gentilshommes à l'Opéra. Les invités des titulaires de la loge en viennent eux-mêmes à y convier leurs propres invités, regarder avec dédain les employés du contrôle¹⁴. Il y a également chez Proust, l'exemple de cette dame de haut rang, préférant convier dans sa loge et en son absence un importun dont elle peut tirer quelque utilité, pour n'avoir pas à souffrir l'ennui de sa présence. De façon beaucoup plus modeste, on pourra évoquer la loge trop proche de l'avant-scène louée par le couple Verdurin. Ces salonniers pénibles dépeints comme une caricature du « nouveau riche » y reçoivent leurs invités en feignant d'être honorés de leur présence dans ces conditions de mauvaise visibilité¹⁵. Toutes les loges ne jouissent pas de la même renommée. Et la réputation mauvaise de certaines d'entre elles rejait sur ceux qui y sont conviés. Le narrateur de Proust ne manque pas de décrire son ami Bergotte, auteur passé de mode, « assis au fond d'une loge dont la seule composition semblait un commentaire singulièrement risible »¹⁶.

La Recherche du temps perdu révèle à de nombreuses reprises combien l'aristocratie sait donner la représentation d'elle-même au théâtre. Pour le public du XIX^e siècle, le spectacle se trouve tout autant dans les loges que sur la scène. Proust décrit un marquis de Saint-Loup dont les exigences depuis sa loge sont scrutées pour être imitées dès la représentation suivante par les bourgeois des autres loges. C'est également, pour le narrateur, l'occasion d'admirer en lieu et place du spectacle, la princesse de Guermantes dans sa baignoire à l'Opéra¹⁷. Les acteurs

¹⁴ H. de Balzac, *La Comédie humaine, Œuvres complètes de M. de Balzac*, Paris, Furne, 1842–1846, *Illusions perdues*, tome 3, pp. 134-135.

¹⁵ M. Proust, *Du Côté de chez Swann*, Paris, Gallimard, 1946, p. 272 : « Quel que fût l'aveuglement de Mme Verdurin à son égard, elle avait fini, tout en continuant à le trouver très fin, par être agacée de voir que quand elle l'invitait dans une avant-scène à entendre Sarah Bernhardt, lui disant, pour plus de grâce : "Vous êtes trop aimable d'être venu, Docteur, d'autant plus que je suis sûre que vous avez déjà souvent entendu Sarah Bernhardt, et puis nous sommes peut-être trop près de la scène". ».

¹⁶ M. Proust, *À l'Ombre des jeunes filles en fleurs*, Paris, Gallimard, 1919, p. 164.

¹⁷ M. Proust, *Le côté de Guermantes*, Paris, Gallimard 1921, pp. 48-49.

à succès réclament d'ailleurs à leurs domestiques un rapport sur la composition des loges dans le dessein de s'ajuster avant d'entrer au théâtre¹⁸.

Dans ces conditions, la propriété d'une loge dans un théâtre aussi important que l'Opéra-Comique est un atout mondain non négligeable.

3. LA LOGE DE CHOISEUL COMME PROPRIETE PRIVEE

Exemple unique par sa longévité la loge de Choiseul n'en demeure pas pour autant un cas isolé. Les familles de l'ancienne noblesse essaient de protéger leur entrée au théâtre comme s'il s'agissait d'un bijou précieux attaché à leur histoire familiale. Par-delà la volonté de cultiver un réseau, ces familles en représentation d'elles-mêmes dans les théâtres ne sont pas toutes « privilégiées » au sens juridique du terme. Plus encore, leur droit est garanti par les acquis juridiques de la Révolution, ce qui ne doit pas éteindre le débat, dans la mesure où l'utilité publique est en jeu.

3.1. La loge de Choiseul comme « bijou de famille »

En matière de patrimoine, tout particulièrement lorsque ce patrimoine foncier se mêle à l'activité et à l'histoire théâtrales, la préservation des intérêts familiaux prend une tournure éminemment symbolique.

Aux XVIII^e et XIX^e siècles, les théâtres s'embrasent facilement. L'utilisation massive de bois, de l'éclairage à la flamme, les effets de scène et les systèmes de chauffage balbutiants sont à l'origine de nombreux sinistres. Et la famille de Choiseul n'entendait perdre le bénéfice de sa loge dans les deux incendies de la salle construite sous le règne de Louis XVI sur le terrain de leur hôtel. Ils ne renouvelleront, à leurs dépens, l'expérience connue par les Orléans au temps où la salle de l'Opéra se trouvait sur leur apanage au Palais-Royal.

Au moment de la reconstruction de la salle du Palais-Royal après l'incendie de 1763, les Orléans se font reconnaître la jouissance de plusieurs loges¹⁹. Ce droit doit compenser l'agrandissement de la salle sur un terrain appartenant en pleine propriété à leur famille. Le duc use très largement de ces loges privées, au grand dam de l'intendant des Menus-plaisirs

¹⁸ M. Proust, *À l'Ombre des jeunes filles en fleurs*, *op. cit.*, pp. 25-26 : « Dans un moment sa voiture attelée de deux chevaux à longue crinière allait s'arrêter devant le théâtre, elle [Mme Berma] en descendrait enveloppée dans des fourrures, et répondant d'un geste maussade aux saluts, elle enverrait une de ses suivantes s'informer de l'avant-scène qu'on avait réservée pour ses amis, de la température de la salle, de la composition des loges, de la tenue des ouvreuses, théâtre et public n'étant pour elle qu'un second vêtement plus extérieur dans lequel elle entrerait et le milieu plus ou moins bon conducteur que son talent aurait à traverser ».

¹⁹ Arch. Nat., AJ¹³ 6. Arrêt du Conseil du 11 février 1764.

soucieux des finances du Théâtre. Naturellement, le cousin du roi réclamera la reconstruction de la salle et la concession de nouvelles loges après que les flammes ont une nouvelle fois ruiné le théâtre en 1781. Louis XVI, échaudé par l’esprit tracassin des Orléans, refuse et ordonne le déplacement de son Académie de musique. Après un conflit au cours duquel les Orléans vont défendre bec et ongles leurs intérêts, le roi leur accorde finalement le droit d’organiser des soirées musicales dans la nouvelle salle de l’Opéra.

Les Choiseul sauront faire preuve d’une plus grande habileté. Non seulement, ils ont pris soin dans leur traité de 1781, de stipuler qu’ils pourront jouir d’une loge semblable dans quelque autre théâtre où jouerait la troupe. Mais ils peuvent compter en outre sur la reconstruction de la salle Favart à son emplacement. Ils ont pu, dans ces conditions, réclamer leurs entrées au théâtre de Feydeau lorsque l’Opéra-Comique s’y est installé sous le Consulat²⁰. Et ils ont apporté un souci vétilleux à la préservation de leur droit. La famille obtient la reconstruction de sa loge après les sinistres de 1838 et de 1887 ; elle conserve même, en vertu des mêmes clauses, le droit d’accès au Théâtre du Châtelet le temps de la reconstruction.

Toujours en représentation — c’est le jeu de l’époque — les Choiseul ne manqueront pas de marquer leur présence au théâtre, jusqu’à recevoir les salutations adressées depuis feu la loge présidentielle, sous la III^e République. Ces mélomanes revendiqués sont fermement attachés à leur loge dont la dimension symbolique et hors norme revêt le prestige d’un bijou de famille. Mais il n’est pas question que de symboles. Les Choiseul n’entrent pas à l’Opéra-Comique en raison de leur titre de noblesse, mais bien en application du droit.

3.2. La qualification impropre de privilège

Il est aisé, dans le contexte républicain qui est le nôtre, de considérer la présence de la famille de Choiseul à l’Opéra-Comique comme la survivance d’un privilège. On excuse d’autant plus volontiers le grand public de retenir cette qualification que la presse emploie largement le terme. Force est bien de susciter, sur le ton polémique, une controverse républicaine dans laquelle le lecteur prendra facilement fait et cause contre les héritiers du ministre de Louis XV.

Pour autant, le juriste ne peut se contenter de reprendre à son compte les concepts juridiques saisis par le langage courant. Il faut revenir sur les textes. Le roi, en effet, accorde — dans ses lettres patentes de 1781 — au duc et à la duchesse de Choiseul, la propriété du

²⁰ Un jugement de 1806 — confirmé par un arrêt du 3 août 1807 — donne gain de cause à la famille de Choiseul.

vestibule et de l'entrée, ainsi que « *la propriété de la loge à huit places à côté de celle du cy devant Roy de France [...] jusqu'au dernier descendant mâle portant le nom de Choiseul* ». La donation ainsi effectuée reposait sur la charge acceptée par le duc de céder son terrain à la troupe et de participer à la construction du théâtre.

Si la donation demeure une libéralité qui ne procède en principe d'aucune obligation, l'ancien droit connaît le régime de la donation à charge. On peut en retrouver les linéaments dans la concession du fief par le seigneur, à charge pour le vassal de remplir les obligations découlant de l'hommage. Après quoi plusieurs coutumes provinciales reconnaissent au donateur le droit d'imposer des charges au donataire en échange du transfert de propriété.

Dans ces conditions juridiques, l'installation des Choiseul à l'Opéra-Comique ne repose pas sur une « *privata lex* ». On ne confère le privilège d'une loge, mais on concède la propriété de celle-ci en application d'un contrat engageant l'État. Si ce privilège il avait été question, celui-ci aurait — en tout état de cause — été emporté par les textes portant abolition des privilèges consécutifs à la Nuit du 4 août. Au contraire, en matière de propriété, le droit républicain a su se montrer protecteur.

3.3. La garantie républicaine du droit de propriété

En 1789, alors que la France était en proie à la Grande peur, l'Assemblée nationale constituante portait son attention à défendre la propriété. La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, proclame que « *Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression.* »

Ce socle juridique permettra aux héritiers de Choiseul de réaffirmer leur droit. Ils obtiennent, non seulement la reconstruction de leur loge après l'incendie de 1838, mais aussi la reconstruction de leur vestibule ouvrant sur la place des Italiens. Et l'on constate que le droit issu de la Révolution et du Code civil de 1804 n'a pas lésé les propriétaires de la fameuse loge. En effet, la donation à charge originelle imposait la transmission perpétuelle jusqu'au dernier portant le nom de Choiseul. Une telle disposition se heurtait à l'abolition du droit d'ainesse en 1792. Elle contrariait aussi le nouveau régime successoral vecteur d'égalité entre les héritiers d'un même degré. C'est donc en application du droit civil que plusieurs héritiers dans les diverses branches de la famille de Choiseul se partagent aujourd'hui les fauteuils de la loge familiale.

Le principe de l’égalité en droit est souvent perçu à travers un prisme militant de la lutte du tiers-état contre les ordres privilégiés, dont la noblesse. Avec la chute de la société d’ordres, cette grille de lecture est réductrice. L’égalité en droit vaut tout autant pour les anciennes familles aristocratiques qui n’ont pas à être spoliées de leurs possessions à raison de leur nom. Cette spoliation serait d’autant plus injuste qu’ils acquittent leurs charges foncières comme n’importe quels propriétaires. La famille Choiseul l’a bien compris. Jusqu’en 1979²¹, des procès récurrents émaillent les relations entre les propriétaires de la loge et l’Opéra-Comique. Les jugements rendus ont permis aux héritiers de faire valoir leurs droits. À mesure que les travaux de reconstructions et d’aménagement faisaient perdre aux Choiseul les dépendances, issues de l’ancien vestibule privé, la famille Choiseul a obtenu des dommages et intérêts et le bénéfice de douze places au lieu des huit fauteuils originels.

3.4. Une controverse avant tout politique

Si le droit semble être du côté de la famille Choiseul, les attaques nombreuses contre sa propriété ne sont pas innocentes. La querelle se réveille à intervalles plus ou moins réguliers. D’un côté, des républicains « taquins », trop heureux de pouvoir réchauffer le débat au sujet de l’abolition des privilèges. De l’autre, une famille dont la branche dure se rend encore au spectacle avec l’esprit de privilège d’antan. Entre les deux, une administration dont la mission est de mettre son théâtre en ordre de marche, et une branche modérée des héritiers ouverte à la conciliation.

Le sujet demeure sensible et il n’est pas toujours aisé de savoir raison garder, d’autant qu’en cette période de diminution des subventions pour l’établissement public de l’Opéra-Comique, la chasse aux économies est nécessaire. À en croire un rapport de 2014, cité dans la presse²², l’établissement public pourrait perdre plus de 20 000 euros par an en ne louant pas les places occupées par les héritiers de Choiseul.

L’Opéra-Comique vit grâce aux subventions publiques qui, il y a dix ans, représentaient encore près de 60 % de ses recettes. Il est également soutenu par une fondation qui centralise les dons des mécènes ; des dons qui se traduisent par des rentrées fiscales en moins pour l’État.

Ainsi, le manque à gagner pour l’institution, causé par la présence de cette enclave privée au sein du théâtre est-il compensé largement par les deniers publics.

²¹ Cass. Civ.1, 2 mai 1979, n° 77-15.222.

²² P. Nivelles, « Noble querelle à l’Opéra-comique », *M Le Mag — Le Monde*, 1^{er} mars 2019.

Dans ces conditions — à un moment où l'État pousse ses établissements à développer leurs ressources propres — se pose la question du maintien de cette propriété. La viabilité économique du service public assuré par l'Opéra-Comique, comme l'utilisation de la loge pour aménager le système d'aération nécessaire à la bonne réception des spectateurs aurait sans doute, avec beaucoup d'anticipation, pu remplir les conditions d'utilité publique nécessaires pour remettre en cause les droits des héritiers de Choiseul.

SELF-DEFENCE AGAINST NON-STATE ACTORS: NEW CHALLENGES ARISING FROM THE MIDDLE
EAST

Amael Notini Moreira Bahia*

Table of content

| | |
|--|----|
| INTRODUCTION..... | 51 |
| 1. THE PRINCIPLE OF SELF-DEFENCE | 52 |
| 2. SELF-DEFENCE AND NON-STATE ACTORS | 55 |
| 3. SYRIA AND THE ISIS | 59 |
| CONCLUSION..... | 61 |

Abstract

The present paper aims to analyse the principle of self-defence, codified by article 51 of the United Nations Charter, in the light of the attacks perpetrated by non-state actors, when the State from which such attacks were launched was not involved and did not consent to it. In this regard, the paper presents the traditional framework of the principle of self-defence as one of the exceptions to the prohibition of the use of force. Secondly, the paper discusses how the international community has answered, from a legal perspective, to threats imposed by the attacks of non-state actors perpetrated without the consent of the host State, in the absence of an agreement among UNSC permanent members, considering the existing practice related to this issue. Finally, the rule of self-defence will be analysed in the light of the current events related to the Islamic State of Iraq and Syria (ISIS) in Syria.

* Undergraduate student of Law in Universidade Federal de Minas Gerais, with academic exchange in Université Paris 1 Panthéon Sorbonne and Fudan University. This paper was based on a research project conducted in cooperation with Prof. Paola Reyes (Universidad Nacional Mayor de San Marcos), to whom I owe the sincerest gratitude for the contributions and insights on my research.

Résumé

Le présent article vise à analyser le principe de la légitime défense, codifié par l'article 51 de la Charte des Nations unies, à la lumière des attaques perpétrées par des acteurs non étatiques, lorsque l'État à partir duquel ces attaques ont été lancées n'était pas impliqué et n'y a pas consenti. À cet égard, ce manuscrit présente le cadre traditionnel du principe de la légitime défense comme l'une des exceptions à l'interdiction du recours à la force. Par ailleurs, nous examinerons la manière dont la communauté internationale, d'un point de vue juridique, a répondu, aux menaces imposées par les attaques d'acteurs non étatiques perpétrées sans le consentement de l'État hôte, en l'absence d'un accord entre les membres permanents du CSNU, compte tenu de la pratique existante en la matière. Enfin, la règle de la légitime défense sera analysée à la lumière des événements actuels liés à l'État islamique d'Irak et de Syrie (ISIS) en Syrie.

INTRODUCTION

On 20th July of 2015, a suicide bomber, suspected to be a member of the Islamic State of Iraq and the Levant (ISIS), attacked the city of Suruc, in Turkey. The attack killed 30 people and injured at least 100 others. Three days later, five ISIS militants approached the north Syrian border and killed a soldier, injuring two others. The rising of the ISIS was accompanied by a series of similar attacks, threatening peace and security in several countries. As of 2018, the ISIS had already performed 143 attacks in 29 countries, killing a total of 2,043 people¹. Progressively, the ISIS began to be perceived as an unprecedented threat to peace and security in the Middle East, given its significant military and financial resources. However, it was still only a non-state actor (NSA). A Global Coalition (the largest in history, with 79 members) was created in order to fight this organisation, and its efforts have been devoted to both military operations and humanitarian aid². With the approval of the Iraqi Prime Minister, the coalition launched the operation “Inherent Resolve”, that was responsible for several airstrikes on ISIS targets³. However, as the ISIS expanded to Syria, new problems began to arise. The coalition did not have the consent of the Syrian government to fight the ISIS in its territory, and Russia blocked the Security Council authorization to use force in this situation, which left the coalition with only one last legal resource to justify its actions in Syrian territory: self-defence⁴. Given the new context of international peace and security, the legality of the exercise of the right of self-defence against attacks of NSA operating in other countries began to be discussed⁵. This approach, at first, seems to be incoherent with the traditional approach of the United Nations Charter, as there would be a conflict in its application to a concrete situation between the sovereign equality of States and an inherent right to survival⁶, as a State cannot be held responsible for all actions originating from its territory⁷.

¹ T. Lister, R. Sanchez, M. Bixler, S. O’Key, M. Mohammed Tawfeeq, “ISIS goes global: 143 attacks in 29 countries have killed 2043”. Available online : <https://edition.cnn.com/2015/12/17/world/mapping-isis-attacks-around-the-world/index.html>, (retrieved on [30 November 2020]).

² US embassy & consulates in Canada, “Fact Sheets: The Global Coalition – Working to Defeat ISIS”. Available online: <https://ca.usembassy.gov/fact-sheets-the-global-coalition-working-to-defeat-isis/>. (retrieved on [30 November 2020]).

³ M. Scharf, “How the War Against ISIS Changed International Law”, *Case Western Reserve Journal of International Law*, 2016, vol. 48, p. 1–54, p. 8–10.

⁴ *Ibid.*

⁵ F. Paddeu, “Use of Force against Non-State Actors and the Circumstance Precluding Wrongfulness of Self-Defence”, *Leiden Journal of International Law*, 2017, vol. 30, p. 93–115, p. 93–94.

⁶ A. Larsson, “The Right of States to Use Force against Non-State Actors – Is the “Unwilling or Unable” Test Customary International Law?”, Stockholm University, 2015, p.1. Available online: <https://www.diva-portal.org/smash/get/diva2:854914/FULLTEXT01.pdf> (retrieved on [30 November 2020]).

⁷ M. Scharf, *Customary International Law in Times of Fundamental Change: Recognizing Grotian Moments*, Cambridge University Press, 2013. p. 185.

The objective of this paper is to discuss the legal framework related to States answers to attacks perpetrated by NSA launched from the territory of a State that does not give support neither consents to it, considering thus if the injured State would be legally able to invoke its right of self-defence in order to attack the NSA within the territory of the host State. In this sense, firstly, the traditional framework of the principle of self-defence will be presented. Secondly, the paper discusses how the international community has answered, from a legal perspective, to threats imposed by the attacks of NSA perpetrated without the consent of the host State, in the absence of a resolution from the United Nations Security Council (UNSC). Finally, the rule of self-defence will be analysed in the light of the recent events related to the ISIS in Syria.

1. THE PRINCIPLE OF SELF-DEFENCE

The general prohibition of the use of force and its exceptions have always been focused on States⁸. The United Nations Charter (UN Charter) states under its article 2 (4) that all State members shall refrain from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any State⁹. This obligation is also reflected on customary international law, as ruled by the International Court of Justice's (ICJ) case law¹⁰. The prohibition of the use of force has only a few exceptions, which are: (i) the authorization of the United Nations Security Council; (ii) the right of self-defence; and (iii) the consent of the territorial State. Some authors also advocate for an alleged right of humanitarian intervention, which is, however, not supported by the text of the UN Charter or by international custom¹¹. This paper will focus specifically on the right of self-defence and its implications in relation to NSA.

The right of self-defence is enshrined on article 51 of the UN Charter and represents the possibility of legally using force in response to an armed attack. As an exception to the prohibition of the use of force, the inherent right to self-defence may be exercised under certain

⁸ M. Hakimi, "Defensive Force against Non-State Actors: The State of Play", *International Legal Studies*, t University of Michigan Law School Scholarship Repository, 2015, vol. 91, p. 1–31, p. 4–5. Available online: <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2379&context=articles> (retrieved on [30 November 2020]).

⁹ United Nations, Charter of the United Nations, 1945. art. 2(4).

¹⁰ International court of justice (ICJ), Case concerning military and paramilitary activities in and against Nicaragua : Nicaragua v United States of America. Merits. 1986; ICJ, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory. Advisory Opinion. 2004; ICJ, Case Concerning Armed Activities on the Territory of Congo: Democratic Republic of Congo v. Uganda. Merits. 2005.

¹¹ International law association, Final Report on Aggression and the Use of Force, p.21. Available online: https://www.ila-hq.org/images/ILA/DraftReports/DraftReport_UseOfForce.pdf, (retrieved on [30 November 2020]).

criteria. Firstly, article 51 of the UN Charter clearly establishes that self-defence may only be permitted in case an armed attack occurs¹²; secondly, the armed attack must have been aimed specifically at the targeted country, and not consequence of an accident or mistake.¹³ Furthermore, the right of self-defence must be exercised in conformity with the international law principles of proportionality and necessity¹⁴. It is also paramount to state that the right of self-defence is only a temporary remedy “until the Security Council has taken the measures necessary to maintain international peace and security”¹⁵. The UNSC has taken several steps to maintain international peace and security in the face of the threats posed by NSA, as observed in Res. 1373 and Res. 1540. However, in the absence of a prompt and significant response from the UNSC, there are several doctrinal controversies when it comes to the discussion of the application of the right of self-defence against attacks organised and executes by NSA.

For the purposes of the traditional theory of self-defence, the armed attack must have been made by a foreign State, and there must also be *prima facie* evidence of this attack in order to demonstrate a presumption of its occurrence¹⁶. Accordingly, in the *Case Concerning Oil Platforms*, the ICJ decided that the United States had the burden of proving that Iran was responsible for the attacks, and that the offenses qualified as “armed attacks”, in order for it to legally justify the attack of the Iranian platforms as an act of self-defence¹⁷. The ICJ further decided on the *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua* that the “armed attack” could be comprised not only of actions of the regular armed forces of the State, but also included the sending of armed bands, groups or mercenaries, as long as the gravity of the attack would amount to an armed attack if it were conducted by regular armed forces¹⁸, in accordance with the definition of aggression provided by the United Nations General Assembly on its Resolution 3314 (XXIX)¹⁹.

Concerning the principles of proportionality and necessity, it is essential to verify their effects and methods of application by the international jurisprudence. Firstly, in the Caroline incident (1837), Canada was under British control and facing a rebellion when the British forces

¹² Some authors also recognize the possibility of self-defence when the attack is imminent. See : M. Alder, “The Inherent Right of Self Defence in International Law”, *Dordrecht*: Springer, 2013. p. 120–121.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ ICJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*. Advisory Opinion. 1996. para. 40–41.

¹⁵ United Nations, Charter of the United Nations, 1945. art. 51.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ ICJ, *Case Concerning Oil Platforms: Islamic Republic of Iran v United States of America*. 2003. para. 51.

¹⁸ ICJ, *Case Concerning Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua: Nicaragua v United States of America*. Merits. 1986. para. 195.

¹⁹ United Nations general assembly, *Definition of Aggression*: UN Doc. A/ RES/3314, 1974. art. 3(g).

attacked the *SS Caroline*, a US steamer that supplied the rebel forces with munitions and personnel²⁰. The attack was conducted within the US territory, thus causing a violation of sovereignty. In this context, a formula was elaborated in order to analyse necessity and proportionality, and its core elements are still applied by international courts.

The principle of necessity determines that the right of self-defence might be exercised as a last resort, thus limiting self-defence to the protection of the vital interests of the State and precluding the use of force against trivial breaches of international law²¹. This assertion leads to the requirement of the exhaustion of the means of peacefully settling the dispute. Only then, if these attempts have failed, the State may resort to the use of force in self-defence²². Judge Schwebel explained this requirement in his Dissenting Opinion for the *Military Activities in Nicaragua* case, in which he stated that if there are peaceful means to achieve the ends sought by forceful measures, the actions cannot be understood as necessary²³. For instance, in the *Oil Platform's* case, the ICJ decided that for the actions of the US to be necessary, it had to complain to Iran about the alleged military activities committed²⁴.

The principle of proportionality has not been clearly defined by the doctrine. The ICJ tends to state its remarks related to this principle in a logic that is intrinsically connected to the factual aspects of the case²⁵. The cases brought before the Court involved clear examples of disproportionality on the exercise of self-defence, and the principle was not outlined in clear terms, as its violation was flagrant²⁶. However, in the *Nuclear Weapons Advisory Opinion* the ICJ made a broad statement that the use of nuclear weapons should not be considered disproportionate in all circumstances²⁷. As even this extreme response may not be regarded as a violation of the principle of proportionality, an uncertainty remains in relation to its application. In this regard, Robert Alexy argued, in his theory of the Weight Formula, that the intensity of an interference can be measured in a scale in order to determine the weight of

²⁰ J. Green, *The International Court of Justice and Self-Defence in International Law*, Oxford : Hart Publishing, 2009. p. 65.

²¹ G. Schwarzenberger, "The fundamental principles of international law", *Collected Courses of International Law*. Vol. 87. Leiden: Brill | Nijhoff, 1995, p. 333.

²² J. Green, *The International Court of Justice and Self-Defence in International Law*, Oxford: Hart Publishing, 2009. p. 80.

²³ ICJ, Case concerning military and paramilitary activities in and against Nicaragua : Nicaragua v United States of America. Merits – Dissenting Opinion of Judge Schwebel, 1986, para. 201.

²⁴ ICJ, Case Concerning Oil Platforms : Islamic Republic of Iran v United States of America, 2003, para. 76.

²⁵ M. Brent, "Responding to attacks by non-state actors: the attribution requirement of self-defence", *Australian International Law Journal*, 2009, vol. 16, p. 133–160, p. 136.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ ICJ, Legality of the threat or use of nuclear, Advisory opinion, 1996, para. 42.

competing reasons, which is, nevertheless, a complex analysis based on the rational legal discourse that may lead to different results depending on the premises applied²⁸.

Judge Higgins argued in her Dissenting Opinion to this advisory proceeding that the self-defence had to be exercised on the proportion needed to repel the attack, restoring thus the State's security.²⁹ In this sense, it is not necessary to establish a symmetry between the initial attack and its response, as the proportion is related to the restoration of security. This position was reaffirmed by Judge Schwebel on the *Military Activities in Nicaragua* case, in which he affirmed that self-defence may be disproportionate in relation to the attack suffered, as long as the response is needed to repulse the initial attack³⁰.

2. SELF-DEFENCE AND NON-STATE ACTORS

The principle of self-defence will now be analysed on the context of the international practice related to the armed attacks perpetrated by NSA without the consent or the support of the host State. Generally, if a NSA attacks a State with the support of other State, the victim State may exercise its right to self-defence due to the attribution of the international illegal act to the supporting State or the NSA itself³¹. In this sense, the attacks sponsored by States are connected with the traditional theory of self-defence because of the attribution element, and thus still fall within the scope of article 51 of the UN Charter.³² Even though the article does not specify that a State must be the perpetrator of the armed attack, the ICJ has declared on its advisory opinion on the *Legal Consequences of the Construction of a Wall* that the UN Charter provides the right of self-defence exclusively to inter-State conflicts³³.

In contrast to this decision, Judge Higgins argued that self-defence may be used even if the armed attack is not attributable to a State, allowing the victim State to use force within the

²⁸ R. Alexy, "The Construction of Constitutional Rights", in G. Stopler, *Law & Ethics of Human Rights*, Berlin: Walter de Gruyter GmbH & Co. KG, 2011. p. 30–32.

²⁹ ICJ, Legality of the threat or use of nuclear weapons, Advisory opinion – Dissenting Opinion of Judge Higgins, 1996, para. 5.

³⁰ ICJ, Case concerning military and paramilitary activities in and against Nicaragua : Nicaragua v United States of America. Merits – Dissenting Opinion of Judge Schwebel, 1986, para. 212.

³¹ ICJ, Present problems of the use of armed force in internationale law: self-defense, art. 10 (i). Available online: <https://igps.files.wordpress.com/2008/02/idi-sd.pdf> (retrieved on [30 November 2020]).

³² N. Brahimi, "Extraterritorial self-defence against non-state actors – With focus on the 'unwilling or unable' doctrine", *Bergen: Universitetet I Bergen*, 2016. p. 16. Available online: <http://bora.uib.no/bitstream/handle/1956/15467/152861943.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (retrieved on [30 November 2020])

³³ ICJ, Legal consequences of the construction of a wall in the occupied Palestinian territory, Advisory opinion, 2004, para. 139.

territory of the host State in order to protect itself³⁴. Judge Koojimans supported this position through the analysis of the United Nations Security Council's resolutions on the aftermath of the 9/11 terrorist attacks, stating that there has been a change on the law of self-defence.³⁵ Furthermore, Judge Buergenthal also presented his dissent by declaring that the right of self-defence may be triggered by an armed attack carried out by an NSA, but his opinion did not delineate clearly the extension of this right³⁶.

Furthermore, the Court dismissed Uganda's argument of self-defence against a rebel movement operating within the territory of the Democratic Republic of the Congo (DRC) on the *Armed Activities on the Territory of Congo* case on the grounds that these actions could not be attributable to the DRC³⁷. However, the Court did not manifest itself in relation to "whether and under what conditions contemporary international law provides for a right of self-defence against large-scale attacks by irregular forces"³⁸. Moreover, the attribution requirement was not created consensually, as it was criticized by Judges Simma and Koojimans, that expressly stated that the armed attack did not have to be attributed to a State in order for the victim State to act in self-defence.³⁹ The UNSC also did not accept the justifications given for the hostilities conducted in the Congolese territory, and called for the halt of these military activities.⁴⁰

In this sense, since the 9/11 terrorist attacks, many States have supported a broad interpretation of the right of self-defence, allowing the response to attacks executed by NSA, wherever they may be located⁴¹. In this context, the "Bush Doctrine" emerged. This position envisaged the possibility of waging preventive wars against terrorists and rogue States.⁴² This doctrine criticised the criteria of the occurrence of an armed attack for the right of self-defence

³⁴ ICJ, legal consequences of the construction of a wall in the occupied Palestinian territory, Advisory opinion – Separate Opinion of Judge Higgins, 2004, para. 33: "There is, with respect, nothing in the text of Article 51 that thus stipulates that self-defence is available only when an armed attack is made by a State".

³⁵ ICJ, Legal consequences of the construction of a wall in the occupied Palestinian territory, Advisory opinion – Separate Opinion of Judge Koojimans, 2004, para. 35.

³⁶ ICJ, Legal consequences of the construction of a wall in the occupied Palestinian territory. Advisory Opinion – Declaration of Judge Buergenthal, 2004, para. 6.

³⁷ ICJ, Case concerning armed activities on the territory of Congo : Democratic Republic of Congo v. Uganda. Merits, 2005, para. 147.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ ICJ, Case concerning armed activities on the territory of the Congo : Democratic Republic of the Congo v Uganda. Merits – Separate Opinion of Judge Simma, 2005, para. 12; ICJ, Case concerning armed activities on the territory of the Congo : Democratic Republic of the Congo v Uganda. Merits – Separate Opinion of Judge Koojimans, 2005, para. 30.

⁴⁰ United Nations security council, Resolution 1234, UN Doc. S/ RES/1234; United Nations security council, Resolution 1304, UN Doc. S/ RES/1304.

⁴¹ O. Corten, "A plea against the abusive invocation of self-defence as a response to terrorism". Available online :<https://www.ejiltalk.org/a-plea-against-the-abusive-invocation-of-self-defence-as-a-response-to-terrorism/> (retrieved on [30 November 2020]).

⁴² R. Delahunty, J. Yoo, "The Bush doctrine: can preventive war be justified", *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol. 32. 2009, p. 843–865; p. 844–845.

to be invoked, as it claimed for the exercise of this right before the armed attack could be implemented, both against attacks attributable to States and NSA⁴³. However, this new interpretation has not been well accepted by a significant number of States. For instance, the Movement of Non-Aligned Countries, composed of 120 States, has declared that article 51 of the UN Charter is “restrictive and should not be rewritten or reinterpreted”⁴⁴.

This new dilemma about the interpretation of the right of self-defence highlights the conflict between the need of States to defend themselves from the NSA’s attacks, and the respect to the principles of the sovereign equality, territorial integrity and the prohibition of the use of force, pillars of international law that maintain the order in the international community⁴⁵.

This issue also raises an uncertainty in the matter of the legal relation among the host State and the victim State, since the first is not involved in the use of force of the NSA against the second. Would the exercise of self-defence by the victim State be considered a violation of the host State’s sovereignty and thus allow it to react with self-defence? This complex situation actually occurred when the US and other States attacked the ISIS within Syria’s territory in order to exercise the right of collective self-defence on behalf of Iraq. The Syrian government did not oppose immediately the attacks⁴⁶, but it eventually declared that any actions taken within its territory without its approval would be considered an aggression against Syria itself, and would be repelled by the exercise of the right of self-defence⁴⁷.

In this sense, if the right of self-defence were to be legally accepted to apply against NSA within the territory of a foreign host State, the violation of such State’s territorial integrity would have to be excused, otherwise it would lead to a right to counter the force used in the exercise of self-defence.⁴⁸ In order to overcome this issue, there is a doctrinal theory that refers to the willingness of the host State to prevent terrorists from using its territory to operate attacks against other States.⁴⁹ These arguments, however, raise once again the matter of State

⁴³ J. Maogoto, “Rushing to break the Law? ‘The Bush Doctrine’ of Pre-Emptive Strikes and the UN charter regime on the use of force”, *University of Western Sydney Law Review*, 2003, vol. 7, p. 1–34.

⁴⁴ United Nations security council, 7621st meeting: UN Doc. S/ PV.7621, 2016, p. 32–34.

⁴⁵ T. Ruys, S. Verhoeven, “Attacks by private actors and the right of self-defense”, *Journal of Conflict and Security Law*, Oxford, 2005, Vol. 10, p. 289-32; p. 310.

⁴⁶ Syrian Arab Republic, Identical letters dated 25 May 2015 from the Permanent Representative of the Syrian Arab Republic to the United Nations addressed to the Secretary-General and the President of the Security Council, UN Doc. S/2015/371.

⁴⁷ T. Ruys, N. Verlinden, L. Ferro, Digest of State practice 1 January - 30 June 2015, *Journal on the use of force and International Law*, Abingdon, 2015, vol. 2, p. 257–298, p. 273.

⁴⁸ K. Trapp, “The use of force against terrorists : a reply to Christian Tams”, *European Journal of International Law*. 2010, vol. 20. p. 1049–1055, p. 1050.

⁴⁹ C. Tams, “The use of force against terrorists”, *European Journal of International Law*, Oxford, 2009, vol. 20, p. 359–397, p. 385.

involvement on the NSA activities, requiring the entailment of the host State's responsibility for the victim State to act in self-defence⁵⁰.

One more challenge to be addressed when considering the self-defence against armed attacks of NSA is the compliance with the principles of necessity and proportionality. As the armed response against the NSA on the territory of a foreign host State threat its territorial integrity and its sovereignty, the threshold of the principles of proportionality and necessity are also affected by the inter-State relations among the victim and the host State⁵¹.

The principle of necessity, as previously noted, requires States to use force as their last resort, thus exhausting the procedural means to peacefully terminate the conflict before attempting to solve the conflict through force. In this regard, some authors argue that if the host State is doing reasonable efforts to prevent NSA from using its territory to attack other States, the defensive use of force would not be necessary, and the victim State should only cooperate with the host State⁵². However, if the host State is complicit with the operations carried out by the NSA within its territory, the defensive use of force would be necessary, otherwise the host State would be acting as a safe haven for such groups⁵³.

Nonetheless, once again the legal relation between the victim State and the host State becomes complex, as the complicity or lack of due diligence of a State towards attacks perpetrated by NSA against other States does not entail the legality of the defensive use of force, as this would not be a proper countermeasure to the international wrongful act committed.⁵⁴ Furthermore, the whole logic of the principle of necessity would be distorted, as it would enable the use of force instead of limiting it.⁵⁵

As for the principle of proportionality, it determines that the victim State would only be allowed to resort to defensive self-defence if the violation of the host State's territorial integrity could be considered lawful, and also contribute to the restoration of security within the victim State⁵⁶.

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ N. Tsagourias, "Self-defence against non-state actors : the interaction between self-defence as a primary rule and self-defence as a secondary rule", *Leiden Journal of International Law*, 2016, vol. 29, p. 801–825, p. 817.

⁵² K. Trapp, "The use of force against terrorists : a reply to Christian Tams", *European Journal of International Law*, 2010, vol. 20, p. 1049–1055, p. 1053.

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ F. Paddeu, "Use of force against non-state actors and the circumstance precluding wrongfulness of self-defense", *Leiden Journal of International Law*, 2017, vol. 30, p. 93–115, p. 105–106.

⁵⁵ C. Gray, "The limits of force", *Collected Courses of International Law*, vol. 376, Leiden : Brill | Nijhoff, 2016, p. 111.

⁵⁶ K. Trapp, "Back to Basics: Necessity, Proportionality, and the Right of Self-Defence against Non-State Terrorist Actors", *The International and Comparative Law Quarterly*, 2007, vol. 56, p. 141–156, p. 156.

Given the theoretical problems presented, as well as the conflicting State practice and jurisprudence on the matter⁵⁷, it can be observed that the application of the principle of self-defence to attacks perpetrated by NSA without the consent or the support of the host State by international law is disputed. Even if some authors seek to interpret article 51 of the UN Charter as allowing the use of defensive force against NSA, the problems created in relation to the legal relations between the victim State and the host State cannot be overlooked. Hence, this situation would also require the analysis of the inter-State characteristics of the conflict.

3. SYRIA AND THE ISIS

Considering the context of the fight against the ISIS in Syria, the practice of the States involved is not uniform. The United States has created a coalition that is currently said to be composed of 79 countries to aid in the fight against this NSA, and more than 14,200 strikes were already conducted within Syrian territory⁵⁸.

However, although several States support the campaign against the ISIS in Syria, many of them do not engage on the actual military conflict. For example, when the coalition first started to attack targets in Syria, ten Arab countries signed a joint statement to support these military operations⁵⁹.

Furthermore, it is essential to note that Russia and Iran, which are important actors in the conflict in Syria, have not intervened under the same legal justifications as the US-led coalition. Russia and Iran have sought to cooperate with the Assad regime to undertake their attacks and have intervened with its consent.⁶⁰ Even though this justification is also contested, its controversies are not related to the attacks perpetrated by NSA, but to the validity of Assad's invitation in the context of the Syrian civil war.⁶¹

⁵⁷ C. Tams, "The use of force against terrorists: a rejoinder to Federico Sperotto and Kimberley N. Trapp", *European Journal of International Law*, 2010, vol. 20, p. 1057-162, p. 1058-1060.

⁵⁸ BBC, "Islamic State and the crisis in Iraq and Syria in maps". Available online : <http://www.bbc.com/news/world-middle-east-27838034> (retrieved on [30 November 2020]).

⁵⁹ Office of the Spokesperson, Media Note : Jeddah Communique. Available online : <https://2009-2017.state.gov/r/pa/prs/ps/2014/09/231496.htm> (retrieved on [30 November 2020]).

⁶⁰ P. Boghani, "Who's who in the fight against ISIS?". Available online: <https://www.pbs.org/wgbh/frontline/article/whos-who-in-the-fight-against-isis/> (retrieved on 30 November 2020).

⁶¹ K. Bannelier-Christakis, "Military Interventions against ISIL in Iraq, Syria and Libya, and the Legal Basis of Consent", *Leiden Journal of International Law*, 2016, vol. 29, p. 743-775, p. 761-766.

SELF-DEFENCE AGAINST NON-STATE ACTORS: NEW CHALLENGES ARISING FROM THE MIDDLE EAST

On the other hand, the US does not recognize the legitimacy of the Syrian government, its consent was not sought in order to conduct the attacks⁶². Although the US-led intervention faces legal challenges, as numerous international law experts have expressed their concerns about its legal basis⁶³, the US insists on its legality on the grounds that the intervention was done in the exercise of Iraq's right of self-defence⁶⁴. This justification is based upon the letter sent to the UNSC by the Government of Iraq, in which the support of the US is requested as follows:

“It is for these reasons that we, in accordance with international law and the relevant bilateral and multilateral agreements, and with due regard for complete national sovereignty and the Constitution, have requested the United States of America to lead international efforts to strike ISIL sites and military strongholds, with our express consent”⁶⁵.

The justification of collective self-defence has also been adopted by many countries within the US-led coalition such as France⁶⁶ and the UK⁶⁷. However, following the terrorist attacks on Paris, France invoked the right to individual self-defence in order to implement its military activities against the ISIS.⁶⁸ Furthermore, some intervening States, such as the US, the UK, Australia and Canada, based their activities on the legal justification that Syrian was unable or unwilling to fight the ISIS. Meanwhile, other Western States, such as Germany, Denmark, Norway and Belgium, applied other legal basis to attack the ISIS, such as the Syrian loss of effective control on its territory.⁶⁹

⁶² T. Farell, “Are the US-led air strikes in Syria legal – and what does it mean if they are not?”. Available online: <https://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/middleeast/syria/11116792/Are-the-US-led-air-strikes-in-Syria-legal-and-what-does-it-mean-if-they-are-not.html> (retrieved on [30 November 2020]).

⁶³ K. Makarechi, “Are U.S. Strikes on Syria Legal Under International Law?”. Available online : <https://www.vanityfair.com/news/politics/2014/09/us-strikes-syria-international-law> (retrieved on [30 November 2020]).

⁶⁴ S. Sengupta, C. Savage, “US invokes Iraq’s defense in legal justification of Syria strikes”. Available online: <https://www.nytimes.com/2014/09/24/us/politics/us-invokes-defense-of-iraq-in-saying-strikes-on-syria-are-legal.html> (retrieved on [30 November 2020]).

⁶⁵ Republic of Iraq, Letter dated 20 September 2014 from the Permanent Representative of Iraq to the United Nations addressed to the President of the Security Council, 2014, p. 2.

⁶⁶ M. Weller, “Permanent imminence of armed attacks : Resolution 2249 (2015) and the right to self defence against designated terrorist groups”. Available online : <https://www.ejiltalk.org/permanent-imminence-of-armed-attacks-resolution-2249-2015-and-the-right-to-self-defence-against-designated-terrorist-groups/> (retrieved on [30 November 2020]).

⁶⁷ House of commons, Iraq : Coalition Against ISIL. Available online : <https://hansard.parliament.uk/Commons/2014-09-26/debates/1409266000001/IraqCoalitionAgainstISIL> (retrieved on [30 November 2020]).

⁶⁸ G. Kajtar, “The use of force against ISIL in Iraq and Syria – A legal battlefield”, *Wisconsin International Law Journal*, 2017, vol. 34. p. 535–584, p. 571.

⁶⁹ *Ibid.* p. 574–575.

Some of the intervening States also interpreted the Security Council Resolution 2,249 as allowing the operation against ISIS, but there is a significant doctrinal dissent on this matter. Several authors argue that this resolution is not binding and unable to create new legal justifications to the use of force beyond the UN Charter⁷⁰. Even though the resolution incorporates the traditional terms “all necessary means”, often used to refer to the actions implemented under Chapter VII of the UN Charter, it merely “calls upon” States to act, instead of actually “authorizing” the use of force, as done in previous binding resolutions. Furthermore, despite the adoption of UNSC Res. 2249, several States maintained their military actions against ISIS under the justification of the right of self-defence⁷¹.

Currently, the ISIS has lost presence in the most part of the territory it once held, and the discussion regarding the legality of the operations conducted by the US-led coalition is starting⁷². Nevertheless, as the practice of the States concerned is not completely uniform, the impact of this conflict in international law is yet to be determined. The course of this legal discussion is likely to greatly influence the decision on the legality of the military activities implemented on the fight against ISIS.

CONCLUSION

Besides the unprecedented threat that ISIS brought to international peace and security, other conflicts with NSA are emerging all over the world, which means that this legal controversy is yet to be settled. One example of these developments is the intervention, partially based upon the right of collective self-defence, against an alleged armed attack by the Houthis in Yemen.⁷³ Nonetheless, the doctrine is reluctant to endorse this legal justification in this context, as the conflict was not international until the external intervention of the intervening States⁷⁴.

The traditional concept of self-defence is bound to be influenced by the development of State practice and *opinio juris* as new threats arise. These developments are closely related to the responses given by the UNSC to these threats, since, in the absence of a clear authorization

⁷⁰ *Ibid.* p. 568–569.

⁷¹ *Ibid.*

⁷² Combined joint task force – Operation Inherent Resolve public affairs, Coalition forces announce shift as campaign against ISIS progresses in Iraq, Syria. Available online: https://www.army.mil/article/200136/coalition_forces_announce_shift_as_campaign_against_isis_progresses_in_iraq_syria (retrieved on [30 November 2020]).

⁷³ T. Ruys, O. Corten, A. Hofer, *The use of force in International Law : a case-based approach*, Oxford University Press, 2018, p. 904.

⁷⁴ *Ibid.*

SELF-DEFENCE AGAINST NON-STATE ACTORS: NEW CHALLENGES ARISING FROM THE MIDDLE EAST

under Chapter VII, States will present justifications to intervene in situations that concern global and regional peace and security, as they have done in the fight against ISIS.

However, in the specific case of the right self-defence against NSA, several legal issues must be considered if this justification is to be accepted. Even if the traditional concept of self-defence is surpassed, the very notion of necessity and proportionality would also have to be modified, as the impact of the operation on the host State would be an essential element to be considered on the analysis of the legality of the exercise of the right of self-defence. It would also be paramount to establish a legal background to the violation of the territorial integrity of the host State, either if it is to be excused or justified by entailing its international responsibility. Hence, there are still many issues to be settled before a consistent interpretation and implementation of the right of self-defence against NSA may exist.

THE IMPACT OF EXTRATERRITORIAL APPLICATION OF NATIONAL LEGAL NORMS ON
INTERNATIONAL BUSINESS TRANSACTIONS: A TRANSATLANTIC VIEW

Marjolaine Abada-Fasquelle*, Jan Dunin-Wasowicz†

Under the supervision of Mathias Audit‡, George Bermann§ and Étienne Pataut**

Table of content

| | |
|---|-----------|
| INTRODUCTION | 66 |
| 1. THE NOTION OF EXTRATERRITORIALITY | 68 |
| 1.1. TRADITIONAL CATEGORIES OF JURISDICTION | 69 |
| 1.2. TRADITIONAL BASES OF JURISDICTION UNDER INTERNATIONAL LAW | 70 |
| 1.2.1. <i>The Territoriality Principle</i> | 70 |
| 1.2.2. <i>Extraterritorial Bases of Jurisdiction</i> | 70 |
| 1.2.2.1. The Personality Principle..... | 70 |
| 1.2.2.2. The Protection Principle | 71 |
| 1.2.2.3. The Universality Principle..... | 71 |
| 1.2.3. <i>The Limits to Extraterritorial Jurisdiction Under International Law</i> | 71 |
| 2. EXTRATERRITORIAL ANTI-CORRUPTION ENFORCEMENT | 72 |
| 2.1. BACKGROUND..... | 72 |
| 2.1.1. <i>Overview of U.S. Approach</i> | 72 |
| 2.1.1.1. U.S. Presumption Against Extraterritoriality..... | 73 |
| 2.1.1.2. Examples of FCPA Enforcement..... | 75 |
| 2.1.2. <i>Impact of the OECD Convention</i> | 76 |
| 2.1.3. <i>Recent Evolutions</i> | 77 |
| 2.2. OVERALL ASSESSMENT..... | 79 |
| 2.3. CURRENT CHALLENGES | 80 |

* PhD Candidate in International Economic Law, Sorbonne Law School, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne.

† Member of the Paris, New York and District of Columbia Bars.

‡ Professor of International Business Law, Sorbonne Law School, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

§ Professor of EU Law, International trade contracts, WTO dispute resolution, transnational litigation and arbitration, Columbia Law School.

** Professor of Private international law, European labour law and International Business Law, Sorbonne Law School, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne.

THE IMPACT OF EXTRATERRITORIAL APPLICATION OF NATIONAL LEGAL NORMS ON
INTERNATIONAL BUSINESS TRANSACTIONS: A TRANSATLANTIC VIEW

| | | |
|-----------|--|------------|
| 2.3.1. | <i>Concurrent Extraterritorial Situations</i> | 80 |
| 2.3.2. | <i>Lack of Substantive or Procedural Harmony</i> | 81 |
| 2.3.3. | <i>Building Tailored Compliance Programs</i> | 81 |
| 2.4. | POSSIBLE SOLUTIONS..... | 82 |
| 2.4.1. | <i>Inventory of Extraterritorial Application of Key Anti-Corruption Laws</i> | 82 |
| 2.4.2. | <i>Non-Binding Guidance</i> | 82 |
| 2.4.3. | <i>More Active Role of the EU in Anti-Corruption</i> | 82 |
| 3. | ECONOMIC SANCTIONS REGIMES | 83 |
| 3.1. | BACKGROUND..... | 83 |
| 3.1.1. | <i>UN International Sanctions</i> | 84 |
| 3.1.2. | <i>U.S. Sanctions</i> | 85 |
| 3.1.2.1. | <i>Primary Sanctions</i> | 85 |
| 3.1.2.2. | <i>Secondary Sanctions</i> | 87 |
| 3.1.3. | <i>EU Restrictive Measures</i> | 89 |
| 3.2. | OVERALL ASSESSMENT..... | 89 |
| 3.2.1. | <i>Cases Relating to the Enforcement of U.S. Sanctions</i> | 90 |
| 3.2.1.1. | <i>The BNP Paribas Case</i> | 90 |
| 3.2.1.2. | <i>The HSBC Case</i> | 91 |
| 3.2.2. | <i>Divergent Policies</i> | 91 |
| 3.3. | CURRENT CHALLENGES..... | 93 |
| 3.3.1. | <i>Legal Uncertainty</i> | 93 |
| 3.3.2. | <i>Contradictory Rules</i> | 94 |
| 3.3.3. | <i>Overcompliance</i> | 95 |
| 3.3.4. | <i>Competition Distortion</i> | 95 |
| 3.4. | POSSIBLE SOLUTIONS..... | 96 |
| 3.4.1. | <i>Blocking Statutes</i> | 96 |
| 3.4.2. | <i>Exemptions</i> | 97 |
| 3.4.3. | <i>Countermeasures</i> | 98 |
| 3.4.4. | <i>Litigation</i> | 98 |
| 3.4.5. | <i>Cryptocurrency & Alternate Financial Systems</i> | 99 |
| 3.4.6. | <i>Multilateral Convention</i> | 100 |
| | CONCLUSION | 100 |

Abstract

The following report was prepared in connection with a research project jointly led by Columbia Law School and the Sorbonne Law School in 2018 on the impact of extraterritorial legislation on international business transactions. It seeks to contribute to the current debate on extraterritoriality in the North-Atlantic region in a specifically Franco-American context and outlines some possible approaches to mitigating difficulties associated with the practice in two selected areas: anti-corruption law and economic sanctions. To do so, the report initially examines the very notion of extraterritoriality. It then provides some background to U.S. enforcement of anti-corruption measures and imposition of economic sanctions and summarizes several examples, seeking to identify the aspects that have with some regularity elicited objections in European circles. Where possible, the report identifies means of defusing the resulting controversies.

Résumé

Le présent rapport a été élaboré dans le cadre d'un projet de recherche mené par l'École de droit de Columbia et l'École de droit de la Sorbonne en 2018 sur l'impact des législations extraterritoriales sur le commerce international. Il entend contribuer au débat qui intéresse actuellement la région nord-atlantique autour de l'extraterritorialité, en particulier sous un prisme franco-américain, et met en lumière les approches possibles pour limiter les difficultés qui sont associées à cette pratique dans deux domaines prédéfinis : le droit anti-corruption et les sanctions économiques. Pour ce faire, ce rapport examine tout d'abord la notion même d'extraterritorialité. Il apporte ensuite des éléments de contexte s'agissant de l'application faite par les États-Unis de leurs mesures anti-corruption et de leurs sanctions économiques, avant de résumer quelques exemples dans ces domaines, en cherchant à identifier les aspects qui ont le plus suscité des objections en Europe. Quand cela est possible, le rapport propose des moyens d'enrayer les controverses.

THE IMPACT OF EXTRATERRITORIAL APPLICATION OF NATIONAL LEGAL NORMS ON INTERNATIONAL BUSINESS TRANSACTIONS: A TRANSATLANTIC VIEW

INTRODUCTION

The following report was prepared in connection with a research project jointly led by Columbia Law School and the Sorbonne Law School in 2018 on the impact of extraterritorial legislation on international business transactions (the “Report”). Research for the Report was mainly conducted through in-person discussions with academics, private practice lawyers, representatives of the business community, and public officials. The research project sought to contribute to the current debate on extraterritoriality in the North-Atlantic region in a specifically Franco-American context and outline some possible approaches to mitigating difficulties associated with the practice. After a first working seminar held in Paris, France, on 9 July 2018, the authors drew up a draft report. The latter has been updated after a follow-up seminar in New York, USA, on 19 November 2018. The Report summarizes the results of both working seminars.

Objectives of the Report

European concerns over the notion of extraterritoriality tend to concentrate on two areas of the law: anti-corruption and economic sanctions. These issues received renewed attention in France following a number of high-profile investigations by U.S. authorities involving French companies (e.g. *Alstom*) and financial institutions (e.g. *BNP Paribas*). The unilateral withdrawal of the United States from the Joint Comprehensive Plan of Action (“JCPOA”) and the reinstatement of sanctions for engaging in business relationships with the Islamic Republic of Iran (“Iran”) have once again shone a spotlight on the question of extraterritoriality and its consequences for international trade.

Taking a trans-Atlantic perspective, the research project sought to explore a number of questions relating to anti-corruption and economic sanctions, including

- Is current U.S. practice in relation to foreign anti-corruption enforcement and economic sanctions valid as a matter of international law and comity?
- Is extraterritorial regulation legitimate in other respects and, if so, under what circumstances?
- Assuming the U.S. approach is in principle legitimate, has its implementation been objectionable (e.g. disproportionate or otherwise excessive)?
- What have been the reactions in Europe to perceived overreach in the exercise of extraterritoriality, and have those reactions themselves been appropriate?

- Are the concerns among Europeans justified?

These questions stand at the crossroads of law and politics and call for a holistic and balanced approach.

Scope & Assumptions

This Report does not aim to provide a comprehensive assessment of the justifications or (lack thereof) and effects of all extraterritorial application of U.S. laws and regulations across sectors. There certainly exist areas of U.S. law other than anti-corruption and economic sanctions that have received international attention due to their extraterritorial consequences¹. The choice was made, however, to initiate the research project in the two sectors that have received the most attention in France in recent years.

Moreover, this Report does not assume that the U.S. is the sole practitioner of extraterritorial regulation in the international system. The Report acknowledges that other legal systems have embraced extraterritoriality albeit in different contexts. While the Report focuses on reviewing the U.S. approach to the extraterritorial application of its laws and regulations in the realm of anti-corruption and economic sanctions, it notes the existence of extraterritorial provisions in European Union (“EU”) law, such as in the General Data Protection Regulation (“GDPR”), that may conversely give rise to concern in the U.S. That latter scenario lies beyond the scope of the Report.

Although defining a precise and consensual definition of extraterritoriality reflective of global practices is beyond the scope of this Report, for present purposes of this Report, we assume three things:

- (i) a State is exercising extraterritorial jurisdiction when it seeks to regulate conduct, in whole or in part, taking place beyond its territory;
- (ii) that regulation supposes some kind of connection between the overseas conduct and the territory of the regulating State; and
- (iii) the extraterritorial application of domestic law can manifest itself in different ways.

Not all exercises of extraterritorial jurisdiction create international friction. When U.S. law seeks to regulate foreign conduct through standard conflicts-of-law mechanisms,

¹ E.g., *inter alia*, the Sherman and Clayton Acts, the Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act (RICO); or more recently, the Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA) and the Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act (CLOUD Act).

THE IMPACT OF EXTRATERRITORIAL APPLICATION OF NATIONAL LEGAL NORMS ON INTERNATIONAL BUSINESS TRANSACTIONS: A TRANSATLANTIC VIEW

controversy seldom follows. Regulating part of a business activity taking place beyond the regulator's territory does not necessarily generate objections. For example, U.S. and Canadian legal challenges to the extraterritorial application of the EU emissions trading scheme, though unsuccessful in EU courts, did not stir any apparent political tensions between the U.S. and the EU². In some circumstances, however, giving extraterritorial effect to domestic norms may produce consternation and even diplomatic crisis (e.g. *the "Siberian Pipeline" case*)³. Other instances of extraterritorial jurisdiction, without inducing that level of criticism, nevertheless create real practical difficulties for businesses.

This Report initially examines the notion of extraterritoriality. It then provides some background to U.S. enforcement of anti-corruption measures and imposition of economic sanctions and summarizes several examples, seeking to identify the aspects of them that have with some regularity elicited objections in European circles. Where possible, the Report identifies means of defusing the resulting controversies.

1. THE NOTION OF EXTRATERRITORIALITY

First and foremost, it should be noted that extraterritoriality is intrinsically tied to globalization. The internationalization of trade and the elimination of non-tariff barriers have undermined the very concept of territoriality. The development of multinational groups, with subsidiaries all over the world, has challenged the notion of nationality. In this context, any legislation might have an extraterritorial effect, i.e., an impact outside the enacting State's borders, without necessarily constituting an actual exercise of extraterritorial jurisdiction.

Before examining in the two selected areas, it is helpful to consider the bases on which, and means by which, a State can claim to regulate conduct beyond its territorial limits. The first question, in other terms, is how and with what justification can extraterritorial jurisdiction be exercised? The Report attempts to line a common baseline for commentators from both sides of the Atlantic.

² *Air Transport Association of America and Others v. Secretary of State for Energy and Climate Change*, Court of Justice of the European Union Case C-366/10 (21 December 2011).

³ On 12 August 1982, the EU (then EC) claimed that U.S. export regulations designed to stop the construction of a pipeline by the Soviet Union were unacceptable under international law because of their extraterritorial reach. *See EC Calls For Withdrawal Of U.S. Pipeline Sanctions*, European community news n° 23/1982, Delegation of the European commission in Washington D.C. Available on : http://aei.pitt.edu/1768/1/US_dispute_comments_1982.pdf (last retrieved, 30 November 2020).

1.1. Traditional Categories of Jurisdiction

So far as the means by which authorities exercise regulatory power extraterritorially are concerned, one may conceptualize, and distinguish among, the following species of jurisdiction: (i) prescriptive jurisdiction (ii) adjudicatory or judicial jurisdiction, and (iii) investigative or enforcement jurisdiction⁴.

Traditionally, a State exercises its prescriptive jurisdiction when it regulates conduct through laws and regulations. It exercises adjudicatory jurisdiction when it subjects natural or legal persons to its judicial system. It exercises its investigatory and enforcement jurisdiction when it takes steps to “induce or compel compliance or to punish noncompliance” with its laws and regulations⁵.

Exercising its prescriptive jurisdiction, a State may extend the geographic scope of its laws and regulations to govern foreign conduct. Exercising its adjudicatory jurisdiction, a State may subject foreign persons to its judicial power or entertain causes of action arising out of conduct beyond its borders. Exercising its investigatory and enforcement jurisdiction, it conducts inquiries in another country and compels compliance with its laws through prosecution of companies and individuals for conduct that occurred, in whole or in part, overseas.

Conventionally, extraterritoriality consists of exercising jurisdiction without any, or any significant, territorial nexus. However, nowadays, the reference to “extraterritoriality” often carries a pejorative connotation, the State in question – usually the U.S. – being viewed as having exercised its jurisdiction abusively.

Turning to the bases of extraterritorial assertions, it is useful to identify the specific nexus (*critère de rattachement*) commonly invoked to justify regulation of overseas conduct. Without reviewing all of the possible nexuses enabling a country to exert extraterritorial jurisdiction, such as the effects of an act in one state on the territory of another, we note the existence of a spectrum, running from approaches that receive general acceptance to ones widely regarded as excessive. Territory and nationality are examples of nexuses traditionally

⁴ Adopted, for instance, by the Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the U.S. There is no clear consensus internally on that categorization. *See e.g.* B. Stern, “Quelques observations sur les règles internationales relatives à l’application extraterritoriale du droit”, *Annuaire français de droit international*, Vol. 32, pp. 7-52; B. Stern, “L’extra-territorialité « revisitée » : où il est question des affaires Alvarez-Machain, Pâte de Bois et de quelques autres...”, *Annuaire français de droit international*, 1993, Vol. 38, pp. 239-313.

⁵ *Id.* sec. 401(c).

and widely accepted. Other nexuses, such as use of currency or parent ownership of a subsidiary, are more contested.

1.2. Traditional Bases of Jurisdiction under International Law

While territoriality is the primary basis of prescriptive jurisdiction, international law also recognizes certain other, arguably extraterritorial, bases of jurisdiction.

According to the 1927 *Lotus* decision of the Permanent Court of International Justice, international law posits that states may exercise any form of jurisdiction that is not prohibited by the law of nations⁶. International law guidance since that decision has been scant, however, and no treaty governs the matter.

1.2.1. The Territoriality Principle

Widely accepted, the territoriality principle is the most prevailing basis of jurisdiction to prescribe. Pursuant to this principle, a State may regulate persons and situations within its borders. The vexing question is what degree of presence on the territory is required for the assertion of jurisdiction abroad to be justified on the basis of territoriality.

Deriving from the territoriality principle is the effects doctrine, according to which a State may have jurisdiction over conduct occurring outside its borders as long as it has substantial effects in its territory. Controversial at first, this basis of jurisdiction is now commonly recognized on both sides of the Atlantic in the area of antitrust and competition law particularly, although its application in certain circumstances may be hotly contested.

1.2.2. Extraterritorial Bases of Jurisdiction

Three bases of jurisdiction other than territoriality are usually recognized by international law: personality, protection and universality. Although each has an element of extraterritoriality, none is viewed as extraterritorial as such.

1.2.2.1. The Personality Principle

According to the personality principle, a State may exercise its jurisdiction over its nationals, whether they are the perpetrator (active personality) or the victim (passive

⁶ *S.S. Lotus (Fr. v. Turk.)*, 1927 P.C.I.J. (ser. A) No. 10 (Sept. 7), para. 44-47. In the 1921 *Nationality Decrees in Tunis and Morocco* case the same court had noted that “jurisdiction which, in principle, belongs solely to the state is limited by rules of international law”. See *Nationality Decrees Issued in Tunis and Morocco on Nov. 8th, 1921*, Advisory Opinion, 1923 P.C.I.J. (ser. B) No. 4 (Feb. 7), para. 41.

personality) of the offense or other conduct. Whereas the active personality principle is almost as broadly accepted as the territoriality principle, the passive personality principle is more disputed.

1.2.2.2. *The Protection Principle*

The protection principle allows a State to prosecute certain kinds of offenses, which pose a threat to its “security, integrity, sovereignty, or important governmental functions”⁷ and are committed by foreign persons or committed outside its territory. It comprises offenses such as espionage or counterfeiting of a State’s currency or official documents. The protective principle is a widely-accepted basis of jurisdiction.

1.2.2.3. *The Universality Principle*

The universality principle authorizes States to prosecute persons who are not their nationals for certain serious offenses which concern the entire international community (e.g. piracy, crimes against humanity, genocide) even if they are committed abroad. The universality principle does not require any form of connection to the regulating States, as it is based exclusively on the nature of the offense⁸. Jurisdiction on this basis is rarely exercised.

1.2.3. The Limits to Extraterritorial Jurisdiction Under International Law

While international customary law offers States a “wide measure of discretion”⁹ in exercising their jurisdiction, many scholars consider it not to be limitless.

According to prevailing U.S. doctrine, even when a State could rightfully exercise its jurisdiction, it should not do so if “the exercise of such jurisdiction is unreasonable”¹⁰. Behind this so-called rule of reason lies the idea that States should demonstrate some self-restraint in situations that do not present a genuine connection to their territory, even when international law does not require them to do so. Several principles of international law, such as comity or proportionality, support this idea. A State may regard its regulatory intervention as unreasonable not only because of a lack of connection between it and the conduct, but also because it finds that another State has a substantially greater interest in regulating the conduct.

⁷ A. Chehtman, “Jurisdiction”, in M.D.Dubber, T. Hörnle (ed.), *The Oxford Handbook of Criminal Law*, 2014, p. 410.

⁸ C. Ryngaert, *Jurisdiction in International Law*, Oxford University Press, 2015, p. 101.

⁹ *S.S. Lotus (Fr. v. Turk.)*, 1927 P.C.I.J. (ser. A) No. 10 (Sept. 7), p. 19.

¹⁰ Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the U.S., § 403, p. 244.

THE IMPACT OF EXTRATERRITORIAL APPLICATION OF NATIONAL LEGAL NORMS ON INTERNATIONAL BUSINESS TRANSACTIONS: A TRANSATLANTIC VIEW

In sum, some extraterritorial bases of jurisdiction are perfectly common and well accepted under international law: they do not trigger concerns over their legality. However, issues might arise when a State exercises its jurisdiction based on a nexus that does not fit in any of the categories or based on a too large interpretation of these principles.

This Report now applies these concepts in two areas: anti-corruption law and economic sanctions.

2. EXTRATERRITORIAL ANTI-CORRUPTION ENFORCEMENT

2.1. Background

2.1.1. Overview of U.S. Approach

To appreciate the problems raised in France with the extraterritorial application of U.S. anti-corruption law, it is helpful first to clarify against whom and to what ends the Foreign Corrupt Practices Act (“FCPA”) applies and the basis on which its application is justified. The FCPA contains two basic sets of provisions: (i) anti-bribery rules and (ii) internal control requirements. It was adopted following the *Watergate Scandal* in the aftermath of which the Securities and Exchange Commission (“SEC”) sought to understand how companies recorded payments they were making to foreign public officials. The FCPA was enacted as a new section of the Securities and Exchange Act of 1934.

Broadly speaking, the FCPA applies to four categories of subjects: (i) issuers of certain publicly-traded securities (covered issuers), (ii) domestic businesses, (iii) officers, directors, employees, and agents of covered issuers or domestic businesses, or stockholders acting on behalf of covered issuers or domestic businesses; or (iv) other persons who committed an act in furtherance of a bribe payment while in the territory of the U.S.¹¹.

Notably, the FCPA does not address extraterritorial situations specifically. This feature of the statute is particularly important given that, traditionally, U.S. courts have assumed “that Congress legislates against the backdrop of the presumption against extraterritoriality”¹². However, in practice, and as evidenced by the very term “foreign”, the provisions of the FCPA can easily have extraterritorial implications. A foreign issuer of publicly-traded securities may

¹¹ 15 U.S.C. §§ 78 dd-1, 78 dd-2, 78 dd-3.

¹² *EEOC v. Arabian Am. Oil Co. (Aramco)*, 499 U.S. 244, 248 (1991).

be a covered issuer under the FCPA and the foreign parent of a U.S. affiliate may be subject to the FCPA¹³. In all instances, the FCPA requires some connection to the U.S.

2.1.1.1. *U.S. Presumption Against Extraterritoriality.*

Despite the generalizations often made in Europe about the international reach of U.S. law, U.S. courts have, at least in principle, defined the geographic scope of statutes rather prudently, applying a “presumption against extraterritoriality”. Although courts have at times engaged in nuances in applying the presumption, and although whether a measure is extraterritorial depends on the criteria used, the principle stands that Congress does not generally intend its laws to apply extraterritorially. Thus a specific expression of intent to legislate extraterritorially is in principle required in order for legislation to have that effect. Courts in the U.S. have long been cognizant of the fact that applying its laws extraterritorially could sow “discord with foreign nations”¹⁴. That presumption has thus served to lessen interference in foreign matters.

A fundamental question is whether the presumption against extraterritoriality has actually been followed in the FCPA context? Why is it the perception in Europe that, despite the professed presumption against extraterritoriality in U.S. law, the default rule under the FCPA appears to be extraterritorial reach?

In fact, except in cases involving the prosecution of individuals – in which a narrower reading of the statute seems to have emerged, at least in some courts (e.g. in the *Hoskins* case)¹⁵ – U.S. courts have rarely been asked to identify the statutory bases for U.S. international enforcement under the FCPA. Unlike in the antitrust or capital markets contexts, private plaintiffs have had a very limited role in FCPA matters since the FCPA does not provide for a private right of action.

A distinctive feature of the U.S. system is that establishing the reach of its anti-corruption law has in practice mainly been the province of the Executive Branch. Questions concerning jurisdiction over foreign companies under the FCPA have rarely been litigated. One

¹³See eg SEC-DoJ FCPA Ressource Guide, p.10. Available at <https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/1292051/download>. (Retrieved on 30 Novembre 2020).

¹⁴ See, *supra* note 12 (explaining the canon).

¹⁵ *United States v. Hoskins*, – F.3d –, 2018 WL 4038192, at *1-2 (2d Cir. Aug. 24, 2018).

THE IMPACT OF EXTRATERRITORIAL APPLICATION OF NATIONAL LEGAL NORMS ON
INTERNATIONAL BUSINESS TRANSACTIONS: A TRANSATLANTIC VIEW

reason for this state of affairs derives from a policy that the Department of Justice (“DoJ”) adopted following the demise of Arthur Andersen¹⁶.

In the aftermath of the scandal, taking a new approach to corporate governance and rehabilitation, the DoJ decided to energetically pursue out-of-court settlements with companies. Further to that policy shift, the DoJ has since the late 2000s significantly relied on Non-Prosecution Agreement (“NPAs”)¹⁷, Deferred Prosecution Agreements (“DPAs”)¹⁸, and/or plea agreements¹⁹ to resolve FCPA investigations involving both domestic and foreign corporate defendants. In a memo from August 2008, then Deputy Attorney General Mark Filip noted, in relevant parts:

[W] here the collateral consequences of a corporate conviction for innocent third parties would be significant, it may be appropriate to consider a non-prosecution or deferred prosecution agreement with conditions designed, among other things, to promote compliance with applicable law and to prevent recidivism. Such agreements are a third option, besides a criminal indictment, on the one hand, and a declination, on the other. Declining prosecution may allow a corporate criminal to escape without consequences. Obtaining a conviction may produce a result that seriously harms innocent third parties who played no role in the criminal conduct. Under appropriate circumstances, a deferred prosecution or non-prosecution agreement can help restore the integrity of a company’s operations and preserve the financial viability of a corporation that has engaged in criminal conduct, while preserving the government’s ability to prosecute a recalcitrant corporation that materially breaches the agreement. Such agreements achieve other important objectives as well, like prompt restitution for victims. Ultimately, the appropriateness of a criminal charge against a corporation, or some lesser alternative, must be evaluated in a pragmatic and reasoned way that produces a fair outcome, taking into consideration, among other things, the Department’s need to promote and ensure respect for the law²⁰.

¹⁶ In June 2002, Andersen was convicted of obstruction of justice for shredding documents related to its audit of Enron, resulting in the Enron scandal. Although the Supreme Court reversed the conviction in 2005, the impact of the scandal combined with the findings of criminal complicity ultimately destroyed the firm.

¹⁷ A NPA is a privately-negotiated settlement between the DoJ and a corporation. NPAs are not filed in court and take the form of letter agreements.

¹⁸ A DPA is also a privately-negotiated settlement between the DoJ and a corporate but, unlike the NPA, is filed with the court. In exchange for the DoJ to defer the prosecution, the corporation agrees to take responsibility and to take a number of undertakings.

¹⁹ Three types of plea agreements are encompassed by the language of USAM 9-27.400: (i) agreements whereby in return for the defendant’s plea to a charged offense or to a lesser or related offense, other charges are not sought or are dismissed (“charge agreements”); (ii) Agreements pursuant to which the government takes a certain position regarding the sentence to be imposed (“sentence agreements”); (iii) Agreements that combine a plea with a dismissal of charges and an undertaking by the prosecutor concerning the government’s position at sentencing (“mixed agreements”).

²⁰ M. Filip, *Principles of Federal Prosecution of Business Organizations, Memorandum to Heads of Department Components United States Attorneys*, 28 August 2008, U.S. Department of Justice. Available at <https://www.justice.gov/sites/default/files/dag/legacy/2008/11/03/dag-memo-08282008.pdf> (retrieved on 30 November 2020).

Deciding what instrument is most appropriate in a given case lies in the discretion of federal prosecutors, and DoJ decisions in this respect have not been challenged in courts. NPAs result from completely private negotiations between the concerned company and the DoJ. DPAs are also the product of closed-door negotiations though formally filed with a court under the Speedy Trial Act. Cases suggest that courts in the U.S. exercise no oversight of DPAs²¹.

For instance, the *Fokker Aircraft* decision²² (which involved violations of U.S. sanctions by a Dutch company through conduct involving Iran) further illustrates that under the Speedy Trial Act, judges cannot review the terms of a DPA, including the jurisdictional theories upon which they rest. This allows the Executive Branch to adopt a far-reaching interpretation of the FCPA without being subject to judicial review.

In the anti-corruption context, the controversy in France centers more on why French companies were the subject of U.S. enforcement actions rather than the basis upon which they were brought. Commentary has shifted from legal analysis to economic warfare rhetoric, and the topic has become politicized²³.

2.1.1.2. *Examples of FCPA Enforcement*²⁴

Examples suggest that although the DoJ and SEC have not been hesitant to pursue FCPA enforcement actions against foreign companies, these actions do not appear controversial from a jurisdictional standpoint.

In 2008, Siemens paid a criminal fine of \$450 million to the DoJ and \$350 million in disgorgement of profits under its agreement with the SEC to resolve FCPA violations. Jurisdiction over Siemens and its subsidiaries was established on the basis that, trading stocks on the New York Stock Exchange, Siemens was an “issuer” as that term is used in the FCPA.

In 2014, Alstom paid a \$772 million criminal penalty to U.S. authorities to resolve charges related to foreign bribery, in violation of the FCPA²⁵. To assert their jurisdiction over this Paris-based company, U.S. authorities noted that, since “shares of Alstom’s stock were

²¹ See e.g., *United States v. HSBC Bank USA, N.A.*, No. 16-308 (2d Cir. 2017).

²² *United States v. Fokker Servs. B.V.*, No. 15-3016, 2016 WL 1319226, at *1 (D.C. Cir. Apr. 5, 2016).

²³ In France, several congressional reports along this line have been published. See: P. Lellouche et K. Berger, *Rapport d’information n° 4082 de l’Assemblée nationale sur l’extraterritorialité de la législation américaine*, enregistré à la présidence de l’Assemblée nationale le 5 octobre 2016; P. Bonnacarrère, *Rapport d’information du Sénat n° 17 sur l’Extraterritorialité des sanctions américaines*, enregistré à la présidence du Sénat le 4 octobre 2018; R. Gauvain, *Rapport établi à la demande du Premier ministre Édouard Philippe sur “Rétablir la souveraineté de la France et de l’Europe et protéger nos entreprises des lois et mesures à portée extraterritoriale”*, 26 juin 2019.

²⁴ Selection of examples as of December 2018.

²⁵ <https://www.justice.gov/file/189331/download> (retrieved on 30 November 2020)

THE IMPACT OF EXTRATERRITORIAL APPLICATION OF NATIONAL LEGAL NORMS ON INTERNATIONAL BUSINESS TRANSACTIONS: A TRANSATLANTIC VIEW

listed on the New York Stock Exchange” during the relevant period, it was an “issuer” as prescribed by the FCPA. In addition to the parent being an “issuer”, the conduct involved two U.S. subsidiaries, Alstom Power and Alstom Grid, headquartered in Connecticut and New Jersey respectively.

In 2016, Amsterdam-based VimpelCom agreed to pay a \$230 million U.S. criminal fine. The action was brought against VimpelCom, an entity that was deemed an “issuer” and against several subsidiaries of that entity.

In 2018, Société Générale settled with both U.S.²⁶ and French authorities²⁷ in connection with conduct involving Libyan officials. Société Générale maintained a subsidiary financial services company and a branch located in New York, New York, and was a “person” as that term is used in the FCPA.

The U.S. DoJ initiated the proceedings against Société Générale in 2014 and was followed, two years later, by the French Parquet national financier (“PNF”). The Société Générale case illustrates a form of cooperation between foreign agencies. It also shows the U.S. willingness to delegate part of the prosecution to the country with the strongest nexus.

2.1.2. Impact of the OECD Convention

Although the FCPA was adopted in 1977, the DoJ only began enforcing it relatively recently. This approach coincides with adoption of the 1997 multilateral OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions (the “OECD Convention”), in the development of which the U.S. played a leading role. The OECD Convention provisions were added to the FCPA in 1999. Today, the OECD Convention has 44 signatories, including eight non-OECD countries.

The question arises whether the OECD Convention actually encouraged extraterritoriality in the enforcement of anti-corruption law. Article 4 of the OECD Convention provides:

²⁶ <https://www.justice.gov/opa/press-release/file/1068521/download> (retrieved on 30 November 2020).

²⁷ https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/afa/24.05.18 - CJIP.pdf (retrieved [on 30 November 2020]).

Article 4 Jurisdiction

1. Each Party shall take such measures as may be necessary to establish its jurisdiction over the bribery of a foreign public official when the offence is committed in whole or in part in its territory.

2. Each Party which has jurisdiction to prosecute its nationals for offences committed abroad shall take such measures as may be necessary to establish its jurisdiction to do so in respect of the bribery of a foreign public official, according to the same principles.

3. When more than one Party has jurisdiction over an alleged offence described in this Convention, the Parties involved shall, at the request of one of them, consult with a view to determining the most appropriate jurisdiction for prosecution.

4. Each Party shall review whether its current basis for jurisdiction is effective in the fight against the bribery of foreign public officials and, if it is not, shall take remedial steps.

Reading Article 4(1) of the OECD Convention, one may well ask whether it contemplates extending jurisdiction to foreign corruption cases. The OECD Convention is an international treaty that provides a basis for exercising extraterritorial jurisdiction.

2.1.3. Recent Evolutions

The U.S. has been, and remains, the most active jurisdiction in extraterritorial anti-corruption enforcement. However, it is no longer the only jurisdiction to enforce its anti-corruption law extraterritorially. In the last decade or so, new extraterritorial enforcers have emerged, including Brazil, China, France, Germany, the Netherlands, and the UK, among others.

The causes of reform and heightened international enforcement activity in these individual countries are varied, but the overall explanation is that, instead of deferring to U.S. leadership, these countries have made fighting corruption overseas a priority of their own. It would appear that U.S. practice of extraterritorial enforcement in anti-corruption matters has induced other jurisdictions to introduce greater extraterritoriality in their laws and in the way they apply them. For example, in preparing to overhaul the country's anti-corruption framework, French legislators acted on the assumption that if France became more active in

THE IMPACT OF EXTRATERRITORIAL APPLICATION OF NATIONAL LEGAL NORMS ON
INTERNATIONAL BUSINESS TRANSACTIONS: A TRANSATLANTIC VIEW

enforcing its anti-corruption laws against French companies, then the U.S. authorities would hesitate before investigating and prosecuting French companies over which it may plausibly have jurisdiction. Taking a more mercantilist view, some French law-makers advocated that the fines should be paid to the French, not the U.S., Treasury.

Each domestic anti-corruption framework is somewhat distinctive in its approach to the extraterritorial application of anti-corruption laws.

In 2010, the UK adopted the Bribery Act in part as a result of the U.S. enforcement action in the *BAE* case²⁸. British authorities had initially begun to investigate BAE for possible corruption overseas, but that investigation was halted following a request of the UK Government. The Bribery Act represented a paradigm shift in the UK. It introduced a DPA mechanism, inspired by—though different from—the U.S. DPA, that made “failure to prevent corruption” a criminal offence while expressly extending the extraterritorial reach of these obligations.

The Bribery Act applies to any entity incorporated in the UK and to any entity carrying out business in the UK, irrespective of the place of incorporation. In addition, it makes any entity covered by the Bribery Act liable for actions taken by “associated persons”, regardless of their connection with the UK. What “carrying out business in the UK” means and should mean is obviously prone to contention.

Significant changes have also been introduced into French law in recent years. Two factors played a key role in driving French law reform: (i) the OECD peer review system that highlighted France’s lack of progress in fighting corruption overseas and (ii) a perception in France that the U.S. was disproportionately active in resolving foreign bribery cases involving French companies. The “Sapin II” reform introduced the notion of a settlement agreement (*convention judiciaire d’intérêt public*) into French law for select corporate offences, extended French jurisdiction over certain offences²⁹, and created an administrative sanctions regime to punish and prevent corruption. A new agency distinct from criminal prosecution authorities,

²⁸ United States v. BAE Systems Plc, Court Docket Number: 10-CR-035-JDB (February 4, 2010, in the District of Columbia) (not an FCPA case *per se*. Charges of export control violations with a corruption component).

²⁹ Sapin II allows prosecution of French citizens committing acts of bribery or influence peddling abroad even without any complaint filed by the alleged victims, and regardless of any official denunciation by the State where the offence was perpetrated, as was required to date. Prosecution of foreigners usually residing in France for acts of bribery and influence peddling committed abroad is also permissible.

the French Anti-Corruption Agency, was established to enforce these new compliance obligations. Sapin II requirements were also given extraterritorial effect.

Interestingly, Article 21 of Sapin II added that French anti-corruption law applies to any person “living in France or exercising all or part of its economic activity on French territory”³⁰.

This state of affairs is dynamic, however, as enforcement practices and priorities depend on how officials see these issues. Some countries have sophisticated anti-corruption laws but do not enforce them. Active enforcement also depends on the independence of prosecutors and the judiciary.

2.2. Overall Assessment

FCPA enforcement evidently has had a standard-setting impact and incentivized other countries, including the UK and France, to reform their anti-corruption framework and exercise a greater measure of extraterritoriality. A global consensus, in large part driven by the efforts of the OECD, has emerged over the years that corruption is a scourge that needs to be addressed globally.

Some degree of tolerance of extraterritoriality in the fight against corruption stems from the fact that key participants in international trade view that combat as beneficial to them. Fighting corruption has been on the global agenda, including at the G20 level for a few years, and has strong foundations in multilateral international agreements (e.g. the OECD Convention, the UN Convention against Corruption, the Council of Europe Conventions, the African Union Convention on Preventing and Combating Corruption). Corruption and bribery are offenses that are more or less defined similarly in a significant number of jurisdictions.

This is not to say that anti-corruption efforts are as energetic as they might be. Anti-corruption laws are enforced unevenly, even within OECD jurisdictions, which can create some free-rider situations.

This scenario raises a series of questions, among them whether the response to excessive extraterritorial enforcement of anti-corruption law should be more extraterritorial provisions of that kind? Also, if the fight against corruption is being waged from the perspective of policy-makers, what does it mean as a practical matter for business?

³⁰ “Une personne résidant habituellement ou exerçant tout ou partie de son activité économique sur le territoire français”.

2.3. Current Challenges

A consensus seems to be emerging as to nature and scope of the jurisdiction that States may exercise in prescribing and enforcing anti-corruption norms. While there is a degree of assent to the principle of extraterritorial jurisdiction in the anti-corruption context, several challenges have arisen out of increased use of extraterritoriality in this domain.

2.3.1. Concurrent Extraterritorial Situations

The proliferation of domestic anti-corruption legislation having extraterritorial reach has practical consequences. Obviously, certain companies, particularly those with global operations, may find themselves subject to several different States' anti-corruption regimes having extraterritorial reach. Such a scenario poses both theoretical and practical problems.

How should companies deal with that exposure? How does one determine, in the language of Article 4(3) of the OECD Convention, the "most appropriate jurisdiction for prosecution"? Does that phrase mandate that a suspected corrupt practice be prosecuted by a single jurisdiction rather than multiple jurisdictions?

At present, there exist no multilateral initiatives governing the allocation of jurisdiction when a given enterprise is subject to claims emanating extraterritorially from multiple countries. Neither does there exist an instrument defining the cooperation between enforcement authorities in that particular context. Administrative cooperation through bilateral Mutual Legal Assistance Treaties is the main channel, but it can be long and inconclusive. Efforts have been made, beginning in the U.S. with the *Rosenstein Memo*, to avoid a "piling on" of sanctions in cases of multijurisdictional investigations but these efforts to date are still embryonic.

Arguably, therefore, if a particular enforcement authority has jurisdiction over a given alleged corrupt practice, and is already exercising it, the U.S. should not itself ordinarily pursue the matter, absent compelling circumstances such as a solid belief that the foreign jurisdiction cannot be counted on to perform its tasks adequately. In other words, it should exercise a form of self-restraint. While this would appear to be a sound approach, it is unfortunately not consistently followed; it is at best followed informally and on a strictly case-by-case basis. This solution fails to provide predictability to businesses.

2.3.2. Lack of Substantive or Procedural Harmony

While the OECD Convention unquestionably means to promote the criminalization of foreign corruption and promote cooperation among jurisdictions, it does not systematize it.

Anti-corruption enforcement follows different mechanisms from jurisdiction to jurisdiction. These differences can have significant consequences in the multi-jurisdictional context. Some jurisdictions employ voluntary disclosure mechanisms, while others do not. Some prosecutors reward cooperation in the investigation, while others do not. Even among countries that employ out-of-court settlements in their anti-corruption regime, there are significant differences.

For instance, UK DPAs must be submitted to judicial review in which the judge must, among other things, find that the DPA at hand is fair, reasonable, proportionate, and in the interest of justice. The French settlement agreement also needs to be submitted to judicial scrutiny, but is conducted under a much narrower standard. In both the UK and French DPA systems, the company must agree to a statement of facts, while in the Dutch settlement system, in which a resolution with prosecutors is likewise possible, neither a statement of facts nor judicial involvement is required.

As a result, for instance, businesses having something to disclose, by way of potentially improper conduct, may not know how and where to disclose. They may also not know whether to participate in government investigations in various jurisdictions, or be able to anticipate the effects that will attach depending on the outcome of these investigations.

Another challenge is the treatment by one enforcement jurisdiction decision of a prior determination by another. The application of double jeopardy or *non bis in idem* principles in international anti-corruption has been particularly perplexing. In the absence of a multilateral agreement on the subject, the current practice has been to tolerate parallel or simultaneous resolutions.

2.3.3. Building Tailored Compliance Programs

Companies operating globally are evidently subject to a wide array of anti-corruption legislation. Faced with the intensified enforcement of anti-corruption laws in many countries, particularly in capital-exporting jurisdictions, companies have developed mechanisms, mostly through internal policies and procedures that address these obligations across the geographic

area where they are present. Articulating multiple compliance standards may entail significant transaction costs.

2.4. Possible Solutions

Several solutions come to mind for responding to the challenges posed by the extraterritorial application of anti-corruption norms.

2.4.1. Inventory of Extraterritorial Application of Key Anti-Corruption Laws

In order to better navigate a regulatory environment defined by multiple claims to extraterritorial jurisdiction, it may be helpful to map out the extraterritorial provisions of the key legislation and analyze to what extent these may overlap.

2.4.2. Non-Binding Guidance

Assuming several countries may have a valid claim to extraterritorial jurisdiction in a given case, a methodology could be developed, even in the form of non-binding guidance, to resolve the conflict of concurrent extraterritorial jurisdiction.

2.4.3. More Active Role of the EU in Anti-Corruption

The issue of international cooperation raises the question of the role of the EU. In 2014, the EU published its first Anti-Corruption Report which suggested that the Commission was taking a greater interest in the subject generally. The Commission specifically discussed introducing an anti-corruption clause in the Transatlantic Partnership Agreement. Given its role in providing development aid, the Commission may also be interested in adopting anti-corruption considerations in that context.

Presumably, the EU could find a basis in the Lisbon Treaty to take action for the whole internal market. Should there be a General Foreign Corrupt Practices Regulation? Would an EU regulation concerning foreign corruption displace the extraterritorial legislation of its Member States?

3. ECONOMIC SANCTIONS REGIMES

3.1. Background

First developed after World War I in the hopes of limiting the recourse to armed force – and by extension war –³¹, the use of economic sanctions has grown significantly throughout the 20th century and into the 21st century to the point of becoming in the last three decades an essential political and diplomatic tool³².

Broadly defined, international sanctions are coercive measures instituted unilaterally or collectively by State(s) as a punitive measure taken against other States, their organs, or affiliated entities and individuals, who, in the eyes of the State(s) imposing the sanctions, committed an internationally wrongful act justifying the imposition of sanctions. In that sense, international sanctions are instituted in response to a perceived breach of international law.

The nature of international sanctions can vary (they may be cultural, diplomatic, economic, etc.) and so can their objectives (cessation of the internationally wrongful act, compensation for damages suffered, etc.). Economic sanctions are a specific type of international sanctions comprising a wide range of measures, which are typically categorized as commercial sanctions (e.g. embargos, boycotts), financial sanctions (mainly assets freeze) and targeted sanctions (aka “smart sanctions”, which focus on specific individuals and entities). They generally partially limit (via selective sanctions) or completely prohibit (via comprehensive sanctions) trading relationships and transactions with designated States/entities/persons.

Economic sanctions are commonly divided into two categories: multilateral sanctions which are endorsed by several States, and unilateral sanctions which are adopted by a single State. Multilateral sanctions can be adopted by a regional system (e.g. the EU) – even though some authors argued that such sanctions should be regarded as unilateral sanctions³³ –, some other group of countries, or an international organization (the most common procedure being the one provided in Article 41, chapter VII of the UN Charter)³⁴.

³¹ “A nation that is boycotted is a nation that is in sight of surrender. Apply this economic, peaceful, silent, deadly remedy and there will be no need for force.” Extract from a speech of President Woodrow Wilson given in 1919 in Indianapolis.

³² See, for instance: D. Cortright, G. A. Lopez, *The Sanctions Decade: Assessing UN Strategies in the 1990s*, Lynne Rienner, Boulder, Colorado, 2000, XIV, p.274.

³³ L. F. Damrosch, “Enforcing International through Non-Forcible Measures”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 269, p. 46.

³⁴ Article 41, chapter VII of the UN Charter provides: “The Security Council may decide what measures not involving the use of armed force are to be employed to give effect to its decisions, and it may call upon the

THE IMPACT OF EXTRATERRITORIAL APPLICATION OF NATIONAL LEGAL NORMS ON INTERNATIONAL BUSINESS TRANSACTIONS: A TRANSATLANTIC VIEW

Although it is impossible within the compass of this Report to paint a complete picture of all the existing active sanctions programs, given their considerable number and variety, examining some of them can help appreciate how diverse and widespread economic sanctions can be.

3.1.1. UN International Sanctions

There are currently in place fourteen sanctions regimes adopted under the UN Charter³⁵. These sanctions programs are not in themselves directly applicable. Under Article 41 of the UN Charter, member States of the UN are responsible for implementation of these sanctions programs. In the UN system, it behoves the U.S., as well as Member States of the EU, to adopt the implementing measures necessary to enforce UN sanctions.

The most emblematic UN sanctions program is most likely the one enacted against North Korea, principally on account of its number and scope. The UN condemned North Korea for conducting nuclear tests and launching ballistic missiles. As a result, in the last fourteen years, the UN Security Council adopted seventeen resolutions in connection with North Korea³⁶, pursuant to which the export and import of arms, gold, precious metals and diamonds are prohibited, including dual-use goods. Moreover, many individuals are the subject of asset freezes and other financial measures or travel bans.

Economic sanctions, however, sometimes fail to be adopted at the UN level because a permanent member of the Security Council exercises its veto powers to block them³⁷. In these cases, States enact economic sanctions of their own. States may likewise adopt economic countermeasures without UN involvement. Both the U.S. and the EU have enacted sanctions programs independently of the Security Council.

Members of the United Nations to apply such measures. These may include complete or partial interruption of economic relations and of rail, sea, air, postal, telegraphic, radio, and other means of communication, and the severance of diplomatic relations”.

³⁵ The UN Security Council’s active sanctions regimes are the following: Somalia and Eritrea, Al-Qaida, ISIL (Da’esh) and associated individuals, groups, undertakings and entities, Iraq, Democratic Republic of the Congo, Sudan, Lebanon, Democratic People’s Republic of Korea, Libya, Afghanistan, Guinea-Bissau, Central African Republic, Yemen, South Sudan, Mali.

³⁶ Resolutions No. 1718 (2006), 1874 (2009), 1928 (2010), 1985 (2011), 2050 (2012), 2087 (2013), 2094 (2013), 2141 (2014), 2207 (2015), 2276 (2016), 2321 (2016), 2345 (2017), 2356 (2017), 2371 (2017), 2375 (2017), 2397 (2017), 2407 (2018).

³⁷ It was almost systematically the case during the Cold War. More recently, China and Russia vetoed UN resolutions that were meant to impose sanctions against Syria.

3.1.2. U.S. Sanctions

In the U.S., economic sanctions can be adopted by Congress or by the President through Executive Orders. In this second case, the President's power mainly derives from two federal laws: the International Emergency Economic Powers Act ("IEEPA") when a "state of emergency" is declared, and the Trading With the Enemy Act ("TWEA") in times of war.

Regardless of who enacts them, a distinction is commonly drawn between secondary sanctions, which are widely viewed as *per se* extraterritorial, and primary sanctions, which are not. This division is meant, practically speaking, to indicate who is subject to which sanctions regimes and what extraterritoriality means in the particular economic sanctions context in question.

While U.S. primary sanctions are in principle aimed only at U.S. persons, secondary sanctions implement general prohibitions against targeted individuals and entities and are meant to apply *erga omnes*, with or without a nexus to the U.S. Illustratively, before the U.S. withdrawal, under the JCPOA³⁸ the EU completely repealed its sanctions against Iran, whereas the U.S. lifted them only partially and gradually. In this respect, the U.S. kept primary sanctions (meant for U.S. persons) active but lifted almost all secondary sanctions (which were applicable to everyone, including Europeans).

3.1.2.1. Primary Sanctions

Primary sanctions are intended to only apply to "U.S. persons"³⁹ which, in many sanctions programs, cover:

- U.S. citizens;
- permanent resident alien;
- any entity organized under the laws of the U.S.; or
- any person physically in the U.S.

This scope of application should not raise any particular objection, considering that it is a strict implementation of the nationality and territoriality principles.

³⁸ The JCPOA is an agreement between Iran and the five permanent members of the UN Security Council, Germany and the EU. It was signed on 14 July 2015 and endorsed by the UN Security Council Resolution 2231 (2015). It entered into force on 16 January 2016 after the International Atomic Energy Agency (IAEA) certified that Iran was complying with its obligations. Even though President Donald Trump withdrew from this agreement on 8 May 2018, it is still in force between the other signing countries.

³⁹ See, for instance, the Executive Orders No. 13835 (Venezuela), 13810 (North Korea), 13712 (Burundi), 13399 (Syria), which apply to "any U.S. person".

THE IMPACT OF EXTRATERRITORIAL APPLICATION OF NATIONAL LEGAL NORMS ON
INTERNATIONAL BUSINESS TRANSACTIONS: A TRANSATLANTIC VIEW

U.S. sanctions also cover entities that are “owned or controlled” by a U.S. person, such as a U.S. person who:

- holds a 50 percent or greater equity interest by vote or value in the entity;
- holds a majority of seats on the board of directors of the entity; or
- otherwise controls the actions, policies, or personnel decisions of the entity.

This notion of “control” – which is generally associated with the nationality principle – is more debatable. For instance, in its sanctions programs against Cuba and Iran, the U.S. considers that subsidiaries of a U.S. firm are “owned or controlled” by a U.S. person and must therefore comply with U.S. sanctions programs, unlike the EU which deems that subsidiaries are independent entities with their own legal personality, and therefore not covered. These represent distinctly different presumptions.

Of all U.S. economic sanctions, the comprehensive embargo targeting Cuba represents undoubtedly one of the most controversial⁴⁰. The Helms-Burton Act of 1996 has been widely contested – including among U.S. scholars⁴¹ – for its extraterritorial reach. Title III of this legislation grants U.S. nationals – including those who have been naturalized – whose property has been confiscated without compensation by the Castro regime a cause of action against all companies – wherever located in the world – which “traffics” in such property. However, in accordance with the settlement reached by the U.S. and the EU⁴², U.S. presidents had always suspended this provision, until President Donald Trump decided to activate this provision for the first time.

Finally, because the Office of Foreign Assets Control (“OFAC”) considers that it has jurisdiction over any transaction in U.S. dollars and therefore cleared through the U.S. financial system⁴³, U.S. sanctions regimes can have an even broader scope of application and cover almost all business dealings in the world.

⁴⁰ Every year since 1992, the UN General Assembly adopts a resolution calling the U.S. to end its sanctions against Cuba. See the latest one: Resolution A/73/L.3 “Necessity of ending the economic, commercial and financial embargo imposed by the United States of America against Cuba”, available at <https://undocs.org/A/73/L.3> (last visited 14 June 2019).

⁴¹ See, for instance: Lori F. Damrosch, “Enforcing International through Non-Forcible Measures”, *op.cit.*; A. F. Lowenfeld, “Congress and Cuba: The Helms-Burton Act”, *American Journal of International Law*, 1996, Vol. 90, No. 3, pp. 419-434; J. A. Meyer, “Second Thoughts on Secondary Sanctions”, *University of Pennsylvania Journal of International Law*, 2009, Vol. 30, p. 965 *et seq.*

⁴² See *infra* p. 96.

⁴³ See *infra* p. 90-31.

For all these reasons, the EU tends to consider that U.S. primary sanctions can be just as extraterritorial as secondary sanctions.

3.1.2.2. *Secondary Sanctions*

Secondary sanctions are “economic restrictions designed to deter third-country actors from supporting a primary target of unilateral sanctions”⁴⁴. To do so, the U.S. resorts to three types of measures: general prohibitions, restrictions directly aimed at foreign persons and secondary boycotts.

The U.S. enacts general prohibitions, that is, restrictions that are not only applicable to U.S. persons, but to any person. For instance, pursuant to the Iran Sanctions Act (“ISA”), it is forbidden for “a person”⁴⁵ to invest more than US\$20 million per year in the Iranian petroleum sector. Both U.S. and non-U.S. persons who violate these provisions can be sanctioned.

Some U.S. sanctions programs directly address non-U.S. persons. Executive Order 13,846⁴⁶, among others, expressly targets “foreign financial institution[s]” and compels them in effect to comply with U.S. legislation.

Similarly, U.S. sanctions targeting Iran and Russia prohibit foreign parties from re-exporting certain goods incorporating U.S. controlled components. The sanctions programs against Iran, for instance, provide that non-U.S. persons are prohibited from re-exporting U.S. goods and technologies unless they were incorporated in a foreign-made product and if they represent less than 10% of such product⁴⁷. By using this so-called “*de minimis* content rule,” the U.S. regulates conducts of non-U.S. persons outside the U.S. (i.e. conducts over which the U.S. should *a priori* not have jurisdiction) based on the fact that U.S. components are involved. First used in the case of the Russian pipeline, these types of measures have been highly criticized by the EU. Indeed, these provisions could scarcely be justified by the personality principle since they are aimed at non-U.S. persons and that it is hardly arguable that “things” are “nationals” of a country.

A secondary boycott is a “legislation directed specifically at sanctioning foreign companies that do business with or in certain embargoed countries in particular

⁴⁴ J. A. Meyer, “Second Thoughts on Secondary Sanctions”, *op.cit.*

⁴⁵ As provided in Section 5 of the Iran Sanctions Act of 1996.

⁴⁶ This Executive Order reinstated against Iran the secondary sanctions that were lifted by the JCPOA.

⁴⁷ 31 C.F.R. § 560.205 – Prohibited reexportation of goods, technology, or services to Iran or the Government of Iran by persons other than United States persons; exceptions.

THE IMPACT OF EXTRATERRITORIAL APPLICATION OF NATIONAL LEGAL NORMS ON
INTERNATIONAL BUSINESS TRANSACTIONS: A TRANSATLANTIC VIEW

circumstances”⁴⁸. To do so, the U.S. prohibits U.S. persons from trading with foreign parties that themselves deal with entities subject to U.S. sanctions. They are in that sense indirect and consist in outcasting foreign parties that maintain commercial and financial relationships that are not allowed under U.S. legislation.

The most emblematic example is the Specially Designated Nationals and Blocked Persons List (“SDN List”) established by the OFAC. Even though addressing U.S. persons, such sanctions may extend, practically speaking, to any person, because even a non-U.S. person that trades with an entity/person placed on the SDN List will be sanctioned by being also added to that list.

Illustratively, the *Deutsche Forfait AG*⁴⁹ case is worth mentioning. This German company was added to the SDN List for allegedly trading with the National Iranian Oil Company (“NIOC”), an Iranian entity that was on the SDN List. U.S. persons were thus no longer allowed to have any connection with Deutsche Forfait AG. In reverse, it meant that Deutsche Forfait A.G. was no longer allowed to access the U.S. market and U.S. financial system. To be removed from that list, Deutsche Forfait A.G. had to agree, among other things, to comply with U.S. sanctions⁵⁰. This example illustrates how non-U.S. persons must comply with U.S. secondary sanctions and therefore why they are considered extraterritorial, even though nominally issued in the first instance only against U.S. parties.

To conclude, secondary sanctions do not manifest in themselves the U.S.’s exercise of extraterritorial jurisdiction. Indeed, by implementing secondary sanctions, the U.S. attaches major economic consequences to the infringement of its sanctions programs such as being excluded from the U.S. market or U.S. financial system. Even the U.S. aspires to impact outside normative activity and change the behavior of foreign companies, secondary sanctions do not truly represent an extraterritorial exercise of jurisdiction but simply have an extraterritorial effect.

⁴⁸ H. L. Clark and L. W. Wang, *Foreign Sanctions Countermeasures and Other Responses to U.S. Extraterritorial Sanctions*, Dewey Ballantine LLP Report, August 2007, p. 4.

⁴⁹ See <https://www.dfag.de/en/df-deutsche-forfait-ag-removed-from-ofac-sanctions-list-without-having-to-pay-a-fine/>.

⁵⁰ On this case, see : P. Dehghani, “Extraterritorialité – L’efficacité des programmes de sanctions économiques américaines illustrées à travers l’accord international conclu avec l’Iran”, *Revue de droit bancaire et financier*, septembre 2016, n° 5, étude 17, § 12.

3.1.3. EU Restrictive Measures

The use of unilateral economic sanctions is not a U.S. monopoly. Indeed, as previously stated, the EU likewise adopts restrictive measures outside Article 41, chapter VII of the UN Charter. There are three types of European restrictive measures: UN sanctions, mixed sanctions and autonomous sanctions. Most of these restrictive measures are adopted through Council regulations and are therefore directly applicable in all EU Member States.

The main difference between U.S. sanctions and EU restrictive measures lies in the comparatively precise extraterritorial reach of the latter. Indeed, most European restrictive measures have the following scope. They apply:

- within the territory of the Union;
- on board any aircraft or any vessel under the jurisdiction of a Member State;
- to any person inside or outside the territory of the Union who is a national of a Member State;
- to any legal person, entity or body, inside or outside the territory of the Union, which is incorporated or constituted under the law of a Member State;
- to any legal person, entity or body in respect of any business done in whole or in part within the Union⁵¹.

3.2. Overall Assessment

The controversies originating in the extraterritorial application of unilateral sanctions are not recent. Indeed, tensions resulting from extraterritoriality of U.S. sanctions arose notably in 1982 with the Soviet Pipeline crisis and in 1996 with the adoption of the Helms-Burton Act and the D'Amato-Kennedy Act. However, a new dynamic seems to have emerged: first, because the U.S. enforces its sanctions against foreign companies more severely than in the past; second, because a disagreement over certain economic sanctions, as a policy matter, has arisen between the U.S. and its allies.

⁵¹ See, for instance, Council Regulation (EU) No. 833/2014 of 31 July 2014 concerning restrictive measures in view of Russia's actions destabilising the situation in Ukraine, Council Regulation (EU) No. 36/2012 of 18 January 2012 concerning restrictive measures in view of the situation in Syria and repealing Regulation (EU) No. 442/2011, Council Regulation (EU) No. 2017/2063 of 13 November 2017 concerning restrictive measures in view of the situation in Venezuela.

THE IMPACT OF EXTRATERRITORIAL APPLICATION OF NATIONAL LEGAL NORMS ON
INTERNATIONAL BUSINESS TRANSACTIONS: A TRANSATLANTIC VIEW

3.2.1. Cases Relating to the Enforcement of U.S. Sanctions.

The notion of “U.S. person,” as used in many U.S. sanctions programs to define their scope of application, can be very broad and cover individuals and entities with otherwise limited ties to U.S. territory. More generally, U.S. authorities tend to consider that such programs target not only “U.S. persons,” but also persons or situations having a nexus with the United States. The extraterritorial application of U.S. sanctions is therefore also induced by the way U.S. authorities enforce them.

3.2.1.1. *The BNP Paribas Case*

In the *BNP Paribas* case⁵², U.S. authorities based their jurisdiction on the bank’s “nexus” with the U.S. rather than its status as a “U.S. person.” Even though not a “U.S. person,” BNP Paribas had to settle with U.S. authorities for infringing U.S. embargos against Iran, Cuba and Sudan because it had used the U.S. dollar to transact with sanctioned countries – and thus it had cleared dollars through the U.S. financial system. Although the bank did not come within U.S. jurisdiction because of its nationality or its ownership or control, it was deemed subject to U.S. law because of its connection to the U.S. financial system.

Beyond the unprecedented amount of the fine (nearly 9 billion dollars), the nexus used by U.S. agencies to assert jurisdiction – the clearing of U.S. dollars through the U.S. financial system associated with use of the U.S. dollar currency – prompted controversy and revived the debate on extraterritoriality in France. BNP Paribas was prosecuted, and entered a guilty plea, based on its alleged illegal use of the U.S. dollar, which the DoJ considered to be a sufficient nexus to the U.S., even though the transactions at issue involved non-U.S. parties and were conducted outside of the U.S. The *BNP Paribas* case raised the fundamental question whether the clearing of a currency inherent in use of such currency is a permissible basis for the exercise of extraterritorial jurisdiction under international law. Unlike the U.S., the EU tends to believe that it is not.

The underlying issue is therefore the “reasonableness” of the nexus used by the U.S. to exercise its jurisdiction. Indeed, Europeans tend to think that the clearing of a currency,

⁵² In 2014, BNP Paribas pleaded guilty to the infringement of several U.S. embargos. BNP Paribas and the U.S. DoJ settled for 8.974 billion dollars, which was the highest amount a European bank had to pay to U.S. authorities. See: <https://www.justice.gov/sites/default/files/opa/legacy/2014/06/30/statement-of-facts.pdf> (retrieved on 16/11/20)

especially the dollar, does not constitute a genuine connection, notably because that would give the U.S. a quasi-universal jurisdiction over international trade⁵³.

3.2.1.2. *The HSBC Case.*

In 2012, HSBC, a British bank, settled with U.S. authorities for infringing U.S. sanctions against Iran, Burma, Sudan, Cuba and Libya⁵⁴. HSBC violated, among other things, the prohibition that is made to foreign persons to export or reexport U.S. goods, technologies and services to Iran, Burma, Sudan and Libya. The nexus used by U.S. agencies was the same as in the *BNP Paribas case*, i.e. the clearing of U.S. dollars through the U.S. financial system for transactions with sanctioned parties.

However, the HSBC case had smaller repercussions, possibly because the amount of the fine was much lower⁵⁵. In this regard, it should be noted that the amounts of the fines essentially hinge on the total amount of the alleged infringing transactions. Moreover, U.S. agencies usually take into account aggravating or mitigating circumstances such as knowledge of the violation or cooperation with the authorities afterwards⁵⁶.

The approach taken by U.S. authorities in these and similar cases in effect forced many European firms to reconsider their dealings with sanctioned countries. Many refrained from investing in Iran, even after the U.S. lifted its secondary sanctions, mostly because of their perception that primary U.S. sanctions would still apply to them.

3.2.2. Divergent Policies

Unilateral economic sanctions differ intrinsically from anti-corruption regulation in terms of the legitimacy of their purpose. Anti-corruption efforts are predicated on good governance, on ensuring a level playing field, and on ethical considerations generally. They also derive support from numerous international conventions, and may be viewed as simply implementing those conventions. Combatting corruption is viewed as a “noble cause”, embraced almost universally in principle.

By contrast, the purposes behind economic sanctions by no means garner universal support. Rather, they are seen as directed to promoting the particular interests – whether

⁵³ M. Audit, R. Bismuth, A. Mignon-Colombet, “Sanctions et extraterritorialité du droit américain : quelles réponses pour les entreprises françaises ?”, *La semaine juridique*, 2015, n° 1-2, pp. 64-65.

⁵⁴ https://www.treasury.gov/resource-center/sanctions/civpen/documents/121211_hsbc_settlement.pdf. (retrieved on 30 November 2020).

⁵⁵ The amount of the fine paid by HSBC to U.S. authorities was 1.931 billion dollars.

⁵⁶ 31 C.F.R. 501 Appendix – Economic Sanctions Enforcement Guidelines.

THE IMPACT OF EXTRATERRITORIAL APPLICATION OF NATIONAL LEGAL NORMS ON
INTERNATIONAL BUSINESS TRANSACTIONS: A TRANSATLANTIC VIEW

political, economic or other – of individual States. Obviously, this critique is not directed at UN sanctions, which are aimed at maintaining peace worldwide and benefit from an international legitimacy⁵⁷ that unilateral sanctions programs lack.

Despite the criticisms that some authors addressed to the tool itself, economic sanctions have proven results in terms of efficacy. For instance, an agreement could probably not have been reached with Iran if it was not for the economic pressure that resulted from the sanctions targeting Iran, although it could be argued that those sanctions were more efficient because they were multilateral. This Report does not condemn economic sanctions as a tool but aims to show the consequences that flow when sanctions are designed to promote divergent policies.

In this respect, it should be noted that extraterritorial application of economic sanctions seems to prompt disputes when said sanctions express divergent policies. For instance, U.S. sanctions regime against North Korea, like the one against Iran, applies to “foreign financial institutions”. Yet, since the EU also has a comprehensive program of sanctions against this country, the rules do not clash and no concerns over extraterritoriality emerge. This Report focuses mostly on certain U.S. sanctions against Iran, Cuba and Russia that caused the greatest political and diplomatic tensions throughout the last thirty years or so.

It should also be noted that all unilateral sanctions do not trigger diplomatic tensions. Their acceptance by others depend on the objective they pursue⁵⁸. In that sense, the tool – and the criticisms that it will face – is largely connected to the policy. When the goal of the sanctions or the wrongfulness of the act committed by the target State are largely shared by the international community, the sanctions adopted by a State unilaterally will be much easily accepted, even if they entail an extraterritorial effect. On the contrary, if the policy justifying the sanctions is perceived as unduly and narrowly self-serving, it may be widely disapproved and the sanctions may be highly controversial.

From a European perspective, U.S. economic sanctions represent a political tool and may embody an overreach of U.S. foreign policy. They are also viewed as opportunistic, given the absence of precise criteria and especially the lack of demonstrable impact on U.S. territory. Viewed as especially problematic is the practice of making a party’s use of the dollar as currency in the relevant transactions as an adequate nexus with the U.S., a practice viewed as

⁵⁷ In this regard, they are often considered as international public order (*ordre public international*).

⁵⁸ A. F. Lowenfeld, *International Economic Law*, Oxford University Press, 2002, p. 754; L. F. Damrosch, “Enforcing International through Non-Forcible Measures”, *op.cit.* p. 35 and seq.

quintessentially extraterritorial. Whether truly extraterritorial or not, the U.S. is viewed as “weaponizing” its currency⁵⁹ and its dominant position in the global economy to impose its laws, which is a power that no other country has access to.

Found also especially objectionable was the U.S. decision to reestablish secondary sanctions on European firms, forbidding them to continue doing business with Iran, following the U.S.’s unilateral withdrawal from the JCPOA. The sanctions adopted against Iran after the U.S.’s unilateral withdrawal from the JCPOA are truly extraterritorial inasmuch as they apply to anyone, regardless of their connection to the U.S.⁶⁰. Representatives of the U.S. Government – among them the President of the United States – admonished European firms about their noncompliance with U.S. sanctions against Iran, warning them that they would be prosecuted if they continued trading with Iranian parties. This decision and the sanctions that followed were received by the EU as an impermissibly extraterritorial application of U.S. law, especially considering that the JCPOA was a multilateral agreement adopted with the support of the United Nations and one to which the U.S. had itself been a party.

From a U.S. standpoint, however, sanctions are a matter of national security and may therefore be enforced against all companies doing business with the U.S., no matter how thin the nexus, or how disingenuous their application in the eyes of others. Viewed from that angle, U.S. sanctions are not extraterritorial since all firms fined by U.S. authorities were tied, one way or another, to the U.S. The U.S. considers extraterritorial application to be critical to a sanctions regime’s very efficacy. Ultimately, firms have a difficult choice to make: either they do business with the U.S., or they trade with prohibited countries, but they cannot do both.

3.3. Current Challenges

3.3.1. Legal Uncertainty

The extraterritorial application of primary and secondary economic sanctions produces legal uncertainty for non-U.S. companies. As noted, companies can fall within the scope of U.S. sanctions without understanding the basis on which they do so. This failure of comprehension is due in part to the variety and complexity of U.S. sanctions regimes⁶¹ but also

⁵⁹ See: J. P. Zoffer, “The Dollar and the United States’ Exorbitant Power to Sanction”, *American Journal Of International Law Unbound*, 2019, Vol. 113, pp. 152-156; S. Katzenstein, “Dollar Unilateralism: The New Frontline of National Security”, *Indiana Law Journal*, 2015, Vol. 90, p. 293-351.

⁶⁰ Executive Order No. 13846 (Iran).

⁶¹ By their very nature, economic sanctions are temporary measures which means that they are always in motion. Hereof, it might be hard for non-U.S. company to adapt to all the regular changes and adjustments.

THE IMPACT OF EXTRATERRITORIAL APPLICATION OF NATIONAL LEGAL NORMS ON INTERNATIONAL BUSINESS TRANSACTIONS: A TRANSATLANTIC VIEW

to the thinness of the nexus that may be invoked by U.S. authorities in asserting their jurisdiction. In this second regard, it may indeed come as a surprise for European firms that they must comply with U.S. sanctions when they have no tie to the U.S. other than the use of the dollar in an underlying transaction.

Legal uncertainty is, of course, exacerbated by the fact that it is often scarcely possible to have no connection with the U.S., given the extent to which U.S. and European economies are linked. Thus, in order to deal with sanctioned parties without incurring sanctions, firms must somehow be virtually detached from the U.S., which may be practically speaking impossible for multinationals, as well as for SMEs whose suppliers may be found exclusively in the U.S. It is even harder for banks or insurers to be fully isolated from the U.S., because they cannot guarantee that all their clients comply with U.S. sanctions. In the end, the only way to deal both with the U.S. and prohibited parties without incurring the risk of sanctions is to be granted a license⁶² by the U.S. authorities – but such exemptions are quite difficult to obtain.

3.3.2. Contradictory Rules

The extraterritorial application of legal norms may result in submitting firms to overlapping, or worse, contradictory rules. In the field of economic sanctions, this mainly means that some commercial and financial relationships will be prohibited by one State, while authorized by another.

The divergent approaches of the U.S. and the EU on subsidiaries are an enlightening example of this pitfall. Indeed, as previously mentioned, European subsidiaries of a U.S. parent have to comply with U.S. sanctions programs against Iran and Cuba. However, article 11 of the European blocking statute⁶³ provides: “This Regulation shall apply to: [...] (2) any legal person incorporated within the Community”⁶⁴, which includes subsidiaries of U.S. companies. In sum, on the one hand, European subsidiaries of a U.S. parent must comply with U.S. sanctions

⁶² OFAC, FAQ No. 74: “A license is an authorization from OFAC to engage in a transaction that otherwise would be prohibited. There are two types of licenses: general licenses and specific licenses. A general license authorizes a particular type of transaction for a class of persons without the need to apply for a license. A specific license is a written document issued by OFAC to a particular person or entity, authorizing a particular transaction in response to a written license application.” Available at: https://www.treasury.gov/resource-center/faqs/Sanctions/Pages/faq_general.aspx#licenses (retrieved on 30 November 2020).

⁶³ See *infra* p. 96-97.

⁶⁴ Article 11 of the Council Regulation (EC) No. 2271/96 of 22 November 1996 protecting against the effects of the extra-territorial application of legislation adopted by a third country, and actions based thereon or resulting therefrom, 1996 O.J. (L309) 1.

regimes or else risk prosecution; on the other hand, they must not comply with those regimes or legislation or again risk prosecution.

On this issue, a French case of the Paris Court of Appeal⁶⁵ involving a French subsidiary of a U.S. firm and an Iranian party is also worth mentioning. In this case, the Iranian party decided to sue the French subsidiary for breaching its contract because the French company refused to execute it. The French party argued that U.S. law prevented them from doing it, considering that they were a subsidiary of a U.S. parent and had therefore to comply with U.S. economic sanctions. The Paris Court of Appeal concluded that the U.S. embargo was not applicable because it was neither a mandatory rule of the *lex fori*, nor a mandatory rule of the *lex solutionis*. The French subsidiary was therefore prohibited from executing its contract based on U.S. law, while obligated to execute it by French law.

3.3.3. Overcompliance

Extraterritorial application of primary and secondary economic sanctions, combined with the legal uncertainty they entail, also produces a “chilling effect” on what would otherwise be perfectly legitimate transactions, and as a result trigger overcompliance. Faced with a threat of sanctions, actors involved in international trade may be risk-averse and accordingly over-compliant. French banks and insurers in particular (probably on account of the *BNP Paribas* case) are peculiarly reluctant to finance or insure projects involving countries under U.S. sanctions (regardless of the legality of such projects), making it harder, not to say impossible, for those who were willing to invest in sanctioned countries to do so, even if they are not tied to the U.S. A new kind of clause is creeping into contracts with banks and insurance companies. So-called OFAC clauses ensure that counterparties comply with U.S. economic sanctions, or else find themselves in breach of contract.

3.3.4. Competition Distortion

The economic detriment felt by U.S. companies, and the U.S. economy as a whole, as a result of U.S. sanctions may be negligible, due to the fact that target countries play a modest role in the business of those companies. However, for Europeans, imposition of economic sanctions spell a very considerable loss of business opportunities (as is often alleged in the case of Cuba) and a distortion of competition. Of course, compliance may also consume resources and, to that extent as well, operate as a burden on European firms.

⁶⁵ Paris Court of Appeal, 25 February 2015, No. 12/23757.

3.4. Possible Solutions

Several solutions come to mind for responding to the challenges posed by the extraterritorial application of economic sanctions, and their consequences are very different.

3.4.1. Blocking Statutes

To neutralize U.S. extraterritorial legislation, the EU, following the examples of Canada and Mexico, adopted in 1996 a Council Regulation⁶⁶ prohibiting European firms from complying with certain extraterritorial instruments adopted by the U.S. under the name of the “D’Amato-Kennedy” and “Helms-Burton” legislation. These instruments did not combat all U.S. extraterritorial laws, but only the ones specified in its Annex⁶⁷.

The EU Regulation was reactivated to oppose the U.S.’s withdrawal from the JCPOA. The European Commission then adopted a Delegated Regulation⁶⁸ which modified the Annex by adding to the list of specified extraterritorial U.S. instruments the sanctions that were reinstated against Iran. Those amendments entered into force on 7 August 2018. Besides prohibiting European firms from complying with the specified U.S. extraterritorial legislation, the Regulation bars recognition and enforcement of judgments and administrative decisions which give effect to such legislation. Moreover, it provides a legal ground for European firms to recover damages suffered from application of specified extraterritorial legislation through a so-called clawback action.

Such measures may, however, be counterproductive by subjecting European firms to contradictory rules⁶⁹. The Regulation has not yet been fully applied in the EU⁷⁰ and may well

⁶⁶ Council Regulation (EC) No. 2271/96 of 22 November 1996 protecting against the effects of the extra-territorial application of legislation adopted by a third country, and actions based thereon or resulting therefrom, 1996 O.J. (L309) 1.

⁶⁷ Following are the laws, regulations and other legislative instruments listed in the Annex: National Defense Authorization Act for Fiscal Year 1993, Title XVII Cuban Democracy Act 1992, sections 1704 and 1706; Cuban Liberty and Democratic Solidarity Act of 1996, Title I, Title III and Title IV; Iran and Libya Sanctions Act of 1996; 1 CFR (Code of Federal Regulations) Ch. V (7-1-95 edition) Part 515 – Cuban Assets Control Regulations, subpart B (Prohibitions), E (Licenses, Authorizations and Statements of Licensing Policy) and G (Penalties).

⁶⁸ Commission Delegated Regulation 2018/1100 of 6 June 2018 amending the Annex to Council Regulation (EC) No. 2271/96 protecting against the effects of extra-territorial application of legislation adopted by a third country, and actions based thereon or resulting therefrom, 2018 O.J. (L199) 11.

⁶⁹ See *supra* p. 94-95.

⁷⁰ To our knowledge, the European blocking statute has only been used once, in 2007, when Austria brought charges against BAWAG for closing accounts held by Cuban nationals. However, the U.S. granted BAWAG a license, the bank then reinstated the cancelled accounts and the Austrian authorities eventually dropped the charges. See: H. L. Clark and L. W. Wang, *Foreign Sanctions Countermeasures and Other Responses to U.S. Extraterritorial Sanctions*, *op cit.*, p. 23.

meet the same fate as the longstanding French blocking statute⁷¹ which was considered irrelevant by the U.S. Supreme Court in the *Aerospatiale*⁷² case due to the absence of enforcement in France.

Some authors have thus considered this blocking statute to be a “paper tiger”⁷³. Nevertheless, the clawback action might, for the first time⁷⁴, be of use⁷⁵. Indeed, based on this provision, European firms will be able to sue, in all EU Member States, any company that brought an action in the U.S. against them in accordance with the recently activated Title III of the Helms-Burton Act.

3.4.2. Exemptions

In parallel to adoption of the above-mentioned blocking statute, the EU chose to fight the D’Amato Kennedy and Helms-Burton Acts before the Dispute Settlement Body (“DSB”) of the World Trade Organization (“WTO”). However, the U.S. and the EU found an arrangement and the dispute was dropped. This settlement could be reached because the U.S. agreed to give exemptions to European firms, rendering these sanctions programs inapplicable to them.

Moreover, the OFAC offers a possibility to file a request for a special license in order to achieve an operation that would normally be prohibited. Such licenses are granted on a case-by-case basis. This solution may be used by practitioners when they are confronted to conflicting obligations. For instance, a European subsidiary of a U.S. firm might have to manage a situation involving a wire with a nexus to Iran or to a blacklisted entity/person. Under U.S. law, they have to reject the transaction but if they do, they will be in violation of EU law. In this case, the best solution might be to block the transaction and ask for a license.

Exemptions of this kind may be a way to limit the extraterritorial reach of U.S. sanctions, as well as a means to protect foreign companies from further proceedings.

⁷¹ Law No. 80-538, 16 July 1980.

⁷² *Société nationale industrielle aéronautique v. U.S. District Court*, 482 U.S. 522 (1987).

⁷³ “*Tigre de papier*”, B. Leurent, “Les implications des législations de sanction et de blocage sur les relations juridiques privées internationales », in *Sanctions Unilatérales, Mondialisation du Commerce et ordre juridique International – À propos des lois Helms-Burton et d’Amato-Kennedy*”, in H. Ghérari, S. Szurek (ed.), CEDIN – Paris X Nanterre, Cahiers Internationaux, Montchrestien, 1998, p. 288.

⁷⁴ If invoked, this clawback action would certainly have been inoperative due to the rule of State immunity.

⁷⁵ See: G. De Rancourt and A. Goldsmith, “Helms-Burton: une contre-attaque possible pour les entreprises européennes”, *La lettre des Juristes d’affaires*, 14 october 2019, n°1416, p. 8.

THE IMPACT OF EXTRATERRITORIAL APPLICATION OF NATIONAL LEGAL NORMS ON INTERNATIONAL BUSINESS TRANSACTIONS: A TRANSATLANTIC VIEW

3.4.3. Countermeasures

In addition to blocking statutes, the EU could adopt countermeasures as authorized by the UN Charter, justifying them on the basis of the wrongfulness of the U.S.'s extraterritorial application of unilateral sanctions. Moreover, the EU could decide to mirror the U.S. and institute its own sanctions regimes, even going so far as to subject foreign firms to its jurisdiction based on use of the euro. To do so, the EU would need to have sufficient economic and political leverage.

3.4.4. Litigation

Extraterritorial application of primary and secondary economic sanctions may be litigated at two different levels: in domestic courts and before international dispute resolution bodies. At the national level, companies that find themselves under investigation in the U.S. for violating U.S. sanctions could choose to go to court rather than settle with U.S. authorities. Indeed, as explained before, U.S. courts have established a presumption against extraterritoriality⁷⁶. Companies could thus challenge the U.S.'s exercise of jurisdiction in court. Obviously, the outcome of any legal action is by definition uncertain and few firms are willing to assume that risk, especially considering the potential losses (e.g. loss of a banking license) that might follow. Moreover, non-U.S. companies are often unfamiliar with the U.S. legal system and disinclined to incur the exceptionally great expense of litigation in a U.S. court.

At the international level, States may challenge the extraterritorial application of unilateral sanctions before international courts – notably the DSB of the WTO or the International Court of Justice (“ICJ”). Because such sanctions form an obstacle to free and fair trade, these could constitute a basis for submitting a dispute over them to the DSB of the WTO – as the EU did in 1996. More recently, Venezuela requested the establishment of a panel, arguing that U.S. sanctions against them are a violation of WTO's trade rules⁷⁷. Chances of success of such action will most likely be thin considering the current paralysis of the WTO Appellate Body.

As for the ICJ, States could assert the unlawfulness of the extraterritorial application of unilateral sanctions under public international law, a major problem being that the U.S. – as well as France – have withdrawn from compulsory ICJ jurisdiction. Notwithstanding U.S.

⁷⁶ See *supra* p. 73-75.

⁷⁷ United States – Measures Relating to Trade in Goods and Services, Request for the establishment of a panel by Venezuela, WT/DS574/2, 15 March 2019.

withdrawal, Iran recently submitted the unilateral withdrawal of the U.S. from the JCPOA to the ICJ, arguing that the U.S. violated a friendship treaty⁷⁸ from 1955⁷⁹. On 3 October 2018, the ICJ mandated the U.S. to lift their sanctions related with humanitarian trade⁸⁰. All such initiatives, in the transatlantic arena, risk seriously heightening tensions between the EU and the U.S. Almost immediately following issuance of the ICJ mandate, the U.S. terminated its friendship treaty with Iran.

3.4.5. Cryptocurrency & Alternate Financial Systems

Considering that the U.S. regards clearing U.S. dollars – which cannot be separated from use of the U.S. dollar – as a sufficient nexus to the U.S. territory to justify the imposition of sanctions, some States (e.g. Venezuela and Iran) have decided to create cryptocurrencies to circumvent U.S. sanctions.

Another solution would be to develop payment systems that are much less reliant on the U.S. dollar⁸¹. In this regard, following the reinstatement of U.S. sanctions against Iran, the EU created a Special Purpose Vehicle (“SPV”), called “INSTEX” (Instrument in Support of Trade Exchanges), which is meant to work similarly to a “clearing house”, that is, a system of barter. Iran then founded a mirror entity, the Special Trade and Finance Instrument (“STFI”), but the latter will not be working until Iran complies with the recommendations of the Financial Action Task Force⁸² (“FATF”) – which has not been the case for now.

This mechanism is currently limited to agricultural and medical products, which are exempted of U.S. sanctions. It was used, for the first time, in March 2020 to deliver medical material to Iran to help it deal with the Covid-19 pandemic. Ultimately, it is intended to allow European firms to keep trading with Iran, in all sectors, without being subject to U.S. sanctions. However, even when fully operational, its efficiency might still depend on the ties that a

⁷⁸ Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights between the United States of America and Iran which was signed in Tehran on 15 August 1955 and entered into force on 16 June 1957.

⁷⁹ On 17 July 2018, the ICJ issued a press release No. 2018/34 announcing that “Iran institutes proceedings against the United States with regard to a dispute concerning alleged violations of the Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights between Iran and the United States, and requests the Court to indicate provisional measures”.

⁸⁰ ICJ, 3 October 2018, General List, No. 175, Order, *Islamic Republic of Iran v. United States of America*, alleged violations of the Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights.

⁸¹ This is what China has been trying to do since 2009 with the Cross-border Interbank Payment System (“CIPS”). See: J. P. Zoffer, “The Dollar and the United States’ Exorbitant Power to Sanction”, *op.cit.*, More recently, Russia has likewise developed the System for Transfer of Financial Messages (“STFM”).

⁸² FATF (2012-2019), *International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation*, FATF, Paris, France, available at: <http://www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/fatf-recommendations.html> (retrieved on 16 November 2020).

THE IMPACT OF EXTRATERRITORIAL APPLICATION OF NATIONAL LEGAL NORMS ON INTERNATIONAL BUSINESS TRANSACTIONS: A TRANSATLANTIC VIEW

company has with the U.S. In this respect, it will probably be more effective for SMEs which do not have interests in the U.S.

3.4.6. Multilateral Convention

The international discord generated by extraterritorial application of primary and secondary economic sanctions may conceivably be addressed on a multilateral level, that is, through an internationally agreed upon framework for the scope of application of their legislation. It is by no means clear that the U.S., the EU, China, Russia and the UK – to mention only some of the most difficult of negotiators – would agree on the applicable criteria. But even if they did, some of these criteria – such as essential national security interests or public policy – are ones on whose application States would rarely agree.

Regardless of how challenging this solution may be, it may in the long run be the preferred way to deal with extraterritoriality and all the issues that it triggers. Indeed, dialogue should obviously be preferred to retaliations and economic wars.

CONCLUSION

Underlying the expression “extraterritorial application of national legal norms” lies the notion that a State aims to regulate situations beyond its borders without a substantial nexus to its territory, arguably illegitimately extending its jurisdiction at the expense of what other States tend to view as their sovereignty. In an era of intense globalization, States understandably seek to exert control over parties found outside their territory. Such was one of the purposes of the FCPA. The U.S. not unreasonably sought to ensure that U.S. firms did not violate U.S. laws concerning corruption, even while acting on foreign territory. However, extraterritorial application of national legal norms has grown into a much more controversial phenomenon, since it now tends to govern conduct not only occurring beyond a State’s borders but also conduct sometimes bearing scant relationship to the enacting State.

Even a regime that could be justified by the wrongfulness of the targeted conduct, such as corruption and bribery, may be implemented in a problematic fashion, for example, in a way that imposes disproportionate burdens or unduly sacrifices legal certainty. It may also proceed in the absence of consultation or coordination with countries that are indirectly affected, much less attempts at delineating enforcement jurisdiction among States. More controversial are regimes entailing the imposition of primary and secondary economic sanctions. They may be perceived as illegitimate not merely in the way they are implemented, but in their basic

rationale, commonly seen as nothing more than an extraterritorial imposition of public policy. These are the regimes whose legitimacy is most hotly contested. The situation is certainly not eased by the fact that economic sanctions are an instrument only used, and certainly only used effectively, by economically or politically powerful States. Nor is the launch of a “sanctions war” an attractive prospect.

Finally, extraterritoriality tends to affect more and more fields and modalities of international trade (antitrust, banking regulations, data protection, etc.). It is also used by more and more countries. For instance, China is contemplating enactment of an export-control law which embraces extraterritorial provisions. The most viable and long-term solution would be to address the problem at the multilateral level. That may be worth doing, however elusive success in eliminating tensions over extraterritoriality may be.

LA PROTECTION DES INVESTISSEURS DANS LA TITRISATION

Victoria Baruselli Cabral de Melo *

Table des matières

| | |
|---|------------|
| INTRODUCTION..... | 105 |
| 1. LES OUTILS DE PROTECTION DES INVESTISSEURS DANS LA TITRISATION | 121 |
| 1.1. LES EXIGENCES DE TRANSPARENCE DANS LA TITRISATION..... | 121 |
| 1.1.1. <i>Les informations qui doivent être fournies aux investisseurs.....</i> | 122 |
| 1.1.2. <i>Le rôle des agences de notation de crédit.....</i> | 127 |
| 1.2. LA RESPONSABILISATION DES ACTEURS DE LA TITRISATION VIS-A-VIS DES INVESTISSEURS .. | 132 |
| 1.2.1. <i>La responsabilisation de l’initiateur, du sponsor et du prêteur initial de la titrisation .</i> | 133 |
| 1.2.2. <i>La responsabilisation des agences de notation de crédit.....</i> | 135 |
| 2. LA DILIGENCE REQUISE DES INVESTISSEURS DANS LA TITRISATION | 140 |
| 2.1. LA CONSTRUCTION DU DEVOIR DE DILIGENCE DES INVESTISSEURS | 140 |
| 2.1.1. <i>L’évolution du devoir de diligence.....</i> | 140 |
| 2.1.2. <i>Les investisseurs concernés par le devoir de diligence.....</i> | 142 |
| 2.2. L’EXERCICE DU DEVOIR DE DILIGENCE PAR LES INVESTISSEURS..... | 143 |
| 2.2.1. <i>La diligence avant de détenir une position de titrisation.....</i> | 144 |
| 2.2.2. <i>La diligence dans le contrôle et le suivi des positions de titrisation</i> | 147 |
| CONCLUSION..... | 148 |

* Titulaire d’un master 2 en droit des affaires de l’Université Paris 1 Panthéon Sorbonne. Master en droit des affaires de l’Universidade de São Paulo en cours. Titulaire d’un « bacharelado » en droit de l’Universidade de São Paulo. Titulaire d’une licence en droit de l’Université de Lyon. Avocate au Brésil.

Abstract

Investors are essential to the financing of the economy and to economic growth. Investor protection is a major concern of the financial regulation. Investor protection is particularly important in securitization operations, due to their greater risks and complexity, along with market failures in the securitization market. Investors should have the proper protection tools, in order to ensure investor protection in this market, while contributing to the financing of the economy and to financial stability. The approach adopted for investor protection should not be merely passive, but it should be followed by a due diligence requirement. In light of the investor protection in securitization, this paper aims to analyze the safeguards available to investors and the due diligence required from particular cases.

Résumé

Les investisseurs sont essentiels au financement et à la croissance de l'économie. Leur protection se trouve au centre des objectifs de la régulation financière. Dans les opérations de titrisation, la protection des investisseurs mérite une attention particulière, compte tenu des caractéristiques souvent plus risquées et complexes de ces opérations, aussi bien que des défaillances existant dans le marché de la titrisation. Pour garantir la protection des investisseurs dans ce marché, tout en contribuant au financement de l'économie et à la stabilité du système économique, il est fondamental, d'abord, de mettre à leur disposition des outils de protection. Toutefois, l'approche de cette protection ne doit pas être purement passive, mais doit s'accompagner d'un devoir de diligence imposé aux investisseurs. Dans cette perspective, ce travail vise à analyser non seulement les mesures de protection qui sont à disposition des investisseurs, mais aussi le rôle actif et diligent que certains investisseurs doivent assumer.

INTRODUCTION

« La protection des investisseurs participe, avec la sécurité, l'intégrité et la transparence, des objectifs de la régulation financière. Les investisseurs sont au cœur des préoccupations, ce qui se comprend, car ils participent au financement de l'économie réelle, ce financement étant une condition *sine qua non* de la croissance », écrit T. Bonneau¹.

La protection des investisseurs dans la titrisation a une importance particulière, étant donné que les opérations de titrisation sont normalement plus complexes et plus risquées que d'autres types de produits financiers. Néanmoins, le fait de présenter des risques ne signifie pas qu'un produit ne soit pas adapté aux besoins d'un investisseur. En réalité, comme l'évoque la célèbre citation de Warren Buffett, « *Risk comes from not knowing what you're doing* »². Dans un marché marqué, d'un côté, par l'existence d'une asymétrie d'information entre les investisseurs et les parties à l'opération de titrisation et de l'autre, par une possible naïveté inappropriée de la part des investisseurs, cette citation prend alors tout son sens. Ainsi, il est essentiel de mettre à disposition des investisseurs des outils de protection. Néanmoins, certains investisseurs doivent assumer un rôle actif et utiliser ces outils en vue de réaliser la diligence qui leur est requise.

Le terme « *titrisation* », néologisme de la langue française, suggère l'idée de « transformation en titre ». Ce terme est apparu d'abord dans les milieux financiers aux États-Unis sous le nom de « *securitization* », en évoquant la transformation des actifs en « *securities* » (valeurs mobilières ou titres)³. Il s'agit ainsi de l'opération consistant à transformer des actifs illiquides ou peu liquides en titres financiers, qui sont, quant à eux, des actifs liquides et qui peuvent facilement circuler sur les marchés financiers⁴.

Traditionnellement, l'opération de titrisation correspond à la transaction par laquelle une entreprise ou un établissement de crédit (l'initiateur) transfère un portefeuille d'actifs générateurs de revenus, usuellement des créances monétaires (le sous-jacent), à une entité *ad hoc* créée spécialement pour l'opération (le véhicule de titrisation). Pour financer l'acquisition du portefeuille d'actifs, le véhicule de titrisation émet des titres financiers qui seront offerts à

¹ T. Bonneau, « Préface », in A. Tehrani, *Les investisseurs protégés en droit financier*, LexisNexis, 2015.

² « Le risque est de ne pas savoir ce que vous faites ». *Forbes Magazine*, 4 octobre 2018, disponible en ligne : <https://www.forbes.com/sites/zackfriedman/2018/10/04/warren-buffett-best-quotes/#b68cd9f42616> (consulté le [01 décembre 2020]).

³ F. Oditah, « Selected issues in securitization », in F. Oditah (dir.), *The future for the global securities market: legal and regulatory aspects*, Clarendon Press, 1996, p. 83.

⁴ A. Quiquerez, *Droit et techniques internationales de la titrisation*, Larcier, 2018, § 8 ; G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, P.U.F., 2011, « Titrisation ».

des investisseurs sur les marchés de capitaux. Le remboursement du principal et le paiement des intérêts ou dividendes dus sur ces titres aux investisseurs sont assurés au moyen de flux générés par les actifs⁵. Ce montage permet ainsi à l’initiateur d’être payé en fonction du paiement du prix de souscription des titres financiers émis, tandis que les investisseurs sont payés grâce à l’ensemble des actifs titrisés. De ce fait, la titrisation est un moyen de financement fondé sur le transfert du risque du crédit de l’initiateur aux investisseurs⁶.

Dans le montage classique de la titrisation (titrisation classique ou « *cash* »), les actifs sortent du patrimoine de l’initiateur et sont transférés au patrimoine du véhicule de titrisation – ce qui entraîne aussi un transfert des risques liés à ces actifs. En général, les entreprises recourent à cette forme de titrisation pour se financer et améliorer leur trésorerie : elles reçoivent tout de suite la somme d’argent issue du produit de la souscription des titres et ainsi n’ont plus besoin d’attendre les revenus à venir tirés des actifs transférés. De plus, les établissements de crédit se servent de ces titrisations – qui doivent avoir pour effet de faire sortir les créances de leur bilan – aussi pour économiser du capital réglementaire, c’est-à-dire, le montant du capital qu’ils sont tenus de conserver pour se protéger de pertes potentielles, en vertu de normes prudentielles.

Au lieu de transférer les actifs sous-jacents eux-mêmes au véhicule de titrisation, certaines opérations ne visent à transférer que les risques relatifs à ces actifs : ce sont les titrisations dites synthétiques. Les effets de la titrisation classique sont synthétiquement reproduits, vu que même si les actifs sous-jacents ne sont pas objet d’un transfert juridique, leurs risques le sont. Au-delà d’une finalité de financement, ces titrisations ont pour principal but de protéger l’initiateur contre les risques liés à ses actifs. Les titrisations synthétiques sont réalisées généralement par un contrat financier appelé dérivé de crédit. À travers ce contrat, l’initiateur (ici l’acheteur de protection) achète une protection vendue par le véhicule de titrisation (ici le vendeur de protection), qui ainsi s’engage à verser un montant à l’initiateur en cas de réalisation de risques contractuellement précisés, moyennant le versement d’une prime par l’initiateur durant le contrat. Habituellement, cette opération est pratiquée par les

⁵ « Dans la plupart des cas, l’initiateur s’occupe de la gestion des créances du portefeuille, du recouvrement des paiements des débiteurs cédés et de la cession directe des sommes à l’organisme ou au trustee : il fait office de recouvreur. Pour éviter toute difficulté d’un cédant insolvable qui ne pourrait plus remplir cette obligation, un tiers peut être nommé pour effectuer cette tâche. » (J. Hubert, *Les nouveaux défis juridiques de la titrisation aux États-Unis et en Europe*, mémoire, Université Paris 2 Panthéon-Assas, 2014, p. 13-14).

⁶ X. Kergommeaux, « Titrisation », *Répertoire de droit commercial*, Dalloz, janvier 2010, § 1 ; A. Quiquerez, *Droit et techniques internationales de la titrisation*, Larcier, 2018, § 2 ; J. Hubert, *Les nouveaux défis juridiques de la titrisation aux États-Unis et en Europe*, mémoire, Université Paris 2 Panthéon-Assas, 2014, p. 13-14.

établissements de crédit (en position d'acheteurs de protection) sur des créances de prêts et titres obligataires. En comparaison avec la titrisation classique, la titrisation synthétique est considérée plus complexe et moins nombreuse⁷.

En tout cas, comme le précise A. Quiquerez, « qu'il s'agisse de titrisation classique ou de titrisation synthétique, la titrisation se compose de deux opérations distinctes, complémentaires et nécessaires : le transfert de risques liés à des actifs et l'émission de titres financiers »⁸.

La titrisation est née aux États-Unis dans le contexte de financement des crédits hypothécaires dans le début des années 1970⁹. La titrisation a pu s'y développer grâce au fait que ce système juridique possédait les instruments appropriés (notamment l'institution du *trust*¹⁰). Avec l'internationalisation des marchés financiers, la technique de la titrisation s'est diffusée mondialement.

À l'inverse des États-Unis et en l'absence d'un régime juridique favorable, le législateur français a dû intervenir pour introduire le mécanisme de la titrisation en France. Avant cette intervention, en plus du fait que la cession de créances ne pouvait être réalisée qu'en respectant les règles contraignantes du droit commun¹¹, l'achat de créances non échues à titre professionnel relevait du monopole bancaire¹². Ainsi, il a fallu attendre la loi du 23 décembre 1988¹³ pour implanter la titrisation dans le système juridique français. Cette loi a permis aux établissements de crédit et à la Caisse des dépôts et consignations de céder leurs

⁷ J. Hubert, *Les nouveaux défis juridiques de la titrisation aux États-Unis et en Europe*, mémoire, Université Paris 2 Panthéon-Assas, 2014, p. 12 ; X. Kergommeaux, « Titrisation », *Répertoire de droit commercial*, Dalloz, 2010, § 2 ; A. Quiquerez, *Droit et techniques internationales de la titrisation*, Larcier, 2018, §§ 11-13.

⁸ A. Quiquerez, *Droit et techniques internationales de la titrisation*, Larcier, 2018, § 13.

⁹ La première titrisation de crédits hypothécaires est attribuée à la *Government National Mortgage Association*. Les titrisations synthétiques sont plus récentes, dont la première opération a été réalisée par JP Morgan en 1997 (L. T. Kendall, « Securitization : A New Era in American Finance », in L. T. Kendall, M. J. Fishman, (dir.), *A primer on securitization*, Massachusetts Institute of Technology Press, 1996, p. 6 ; A. Quiquerez, *Droit et techniques internationales de la titrisation*, Larcier, 2018, § 9).

¹⁰ « En effet, la titrisation suppose qu'une personne, titulaire de créances les cède à une tierce personne qui émet des titres sur un marché réglementé pour financer cette acquisition. L'institution du *Trust* a permis de réaliser une telle opération et d'en assurer la sécurité. L'établissement titulaire de créances qui souhaite les céder, les confie à un trustee. Celui-ci, en qualité d'administrateur-propriétaire des biens confiés dans l'intérêt d'un ou plusieurs bénéficiaires, finance l'acquisition des créances en émettant des titres qui sont proposés à des souscripteurs par l'intermédiaire d'établissements spécialisés. Ces établissements déterminent les caractéristiques des obligations émises. Les créances ainsi financées sont garanties par les autres biens contenus dans le trust. De plus, seuls les investisseurs titulaires des titres détiennent désormais un droit de préférence sur les créances cédées. » (H. Hovasse, « La titrisation », *Juris-Classeur Banque-Crédit-Bourse*, 25 juillet 2008, LexisNexis, fasc. 2260, § 1).

¹¹ À l'époque, selon l'article 1690, alinéa 1^{er}, du Code civil, « Le cessionnaire n'est saisi à l'égard des tiers que par la signification du transport faite au débiteur ».

¹² La loi bancaire du 24 janvier 1984 considérait que cet achat constituait une opération de crédit, et était ainsi réservé aux établissements de crédit.

¹³ Suivie d'un décret n° 89-158 du 9 mars 1989 précisant la réalisation de l'opération de titrisation.

créances à une entité, appelée fonds commun de créances (le premier véhicule de titrisation français)¹⁴, qui émet sur les marchés financiers des parts représentatives de ces créances. Dans un premier temps, la titrisation était réservée aux établissements bancaires, et elle était considérée comme un outil d'amélioration de leur gestion financière. Après plusieurs interventions du législateur, l'utilisation de la titrisation s'est étendue aux entreprises et son cadre juridique s'est constamment assoupli¹⁵.

Aujourd'hui, en droit français, la notion de titrisation est appréhendée à travers l'objet de l'organisme de titrisation. Selon l'article L214-168, alinéa 1^{er}, du Code monétaire et financier : « Les organismes de titrisation ont pour objet, d'une part, d'être exposés aux risques, y compris les risques d'assurance [...] et, d'autre part, d'en assurer en totalité le financement ou la couverture [...]. ». La notion d'exposition aux risques est définie très largement, du fait que cette exposition « peut résulter de l'acquisition, la souscription ou la détention de créances ou d'autres éléments d'actif [...], l'octroi de prêts ou la conclusion de contrats constituant des instruments financiers à terme ou transférant des risques d'assurance, de garanties, de sûretés, ou de sous-participations en risque ou en trésorerie » (article L214-175-1, I, du Code monétaire et financier). Ainsi, cette notion relève d'une approche économique et englobe un vaste spectre de techniques juridiques aboutissant à l'exposition aux risques¹⁶.

Les textes européens, dans une conception plus large, définissent la titrisation comme « une opération par laquelle, ou un dispositif par lequel, le risque de crédit associé à une exposition ou à un panier d'expositions est subdivisé en tranches » et dans laquelle les paiements effectués aux investisseurs « dépendent de la performance de l'exposition ou du panier d'expositions » et « la subordination des tranches détermine la répartition des pertes pendant la durée d'existence de l'opération ou du dispositif »¹⁷. Si d'un côté cette définition ne précise pas les modalités d'exposition au risque de crédit, afin d'appréhender les différentes

¹⁴ Le premier fonds commun de créances a été créé en 1989 pour acquérir des créances détenues par la Société des bourses françaises sur des intermédiaires du marché financier (A. Quiquerez, *Droit et techniques internationales de la titrisation*, Larcier, 2018, § 34).

¹⁵ À propos de l'évolution du régime juridique de la titrisation en France : voy., T. Granier *et al*, *Droit commercial : Instruments de paiement et de crédit. Titrisation*, Dalloz, 2017, §§ 649 et suivants.

¹⁶ A. Quiquerez, *Droit et techniques internationales de la titrisation*, Larcier, 2018, § 18.

¹⁷ Article 2, point 1), du règlement (UE) n° 2017/2402 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2017 créant un cadre général pour la titrisation ainsi qu'un cadre spécifique pour les titrisations simples, transparentes et standardisées, et modifiant les directives 2009/65/CE, 2009/138/CE et 2011/61/UE et les règlements (CE) n° 1060/2009 et (UE) n° 648/2012. À propos de ce règlement, voy., *infra*.

modalités de titrisation, de l'autre, elle ne prendrait pas en compte le cas de l'émission d'une seule tranche de titres¹⁸⁻¹⁹.

En somme, la titrisation se définit en général par trois éléments caractéristiques : l'existence d'un véhicule de titrisation, un transfert de risques liés à des actifs déterminés et, enfin, l'émission de titres financiers. De ce fait, trois participants sont structurels à cette opération : l'initiateur de la titrisation, le véhicule de titrisation et les investisseurs. L'initiateur est l'entreprise à l'origine de l'opération, qui décide de recourir à la titrisation en transférant les risques liés à ses actifs. Le véhicule de titrisation est une entité *ad hoc* (à savoir une structure juridique dotée d'une certaine autonomie et dont la création est dédiée à un but particulier), qui reçoit le transfert des actifs ou de risques et qui émet les titres financiers. En France, le véhicule de titrisation est l'entité nommée organisme de titrisation, qui appartient à la catégorie des fonds d'investissement alternatifs, lesquels constituent des organismes de placement collectif²⁰. L'organisme de titrisation peut avoir la forme²¹ soit d'un fonds commun de titrisation²², soit d'une société de titrisation²³. Les parts et actions des organismes de titrisation sont des titres financiers, aussi bien que les titres de créances²⁴ émis par ces organismes²⁵ (ce qui est plus fréquent dans le cadre d'une titrisation)²⁶. Les investisseurs sont ceux qui souscrivent aux titres financiers émis par le véhicule de titrisation et c'est grâce à eux que l'initiateur va recevoir des liquidités, moyennant une rémunération dont le montant dépend du flux de revenus produits par les actifs sous-jacents. Au-delà de ces participants indispensables, d'autres participants peuvent intervenir dans le montage d'une opération de titrisation²⁷, outre le rôle important que

¹⁸ A. Quiquerez, *Droit et techniques internationales de la titrisation*, Larcier, 2018, § 17.

¹⁹ En outre, l'article 2, point 1), du règlement (UE) n° 2017/2402, exclue de la définition de titrisation les expositions sur les entreprises de financement spécialisé au sens de l'article 147, § 8, du règlement (UE) n° 575/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 concernant les exigences prudentielles applicables aux établissements de crédit et aux entreprises d'investissement et modifiant le règlement (UE) n° 648/2012.

²⁰ Article L214-1, II, et article L214-24, II, 4°, du Code monétaire et financier.

²¹ Article L214-168, alinéa 2, du Code monétaire et financier.

²² Le fonds commun de titrisation est l'organisme de titrisation constitué sous la forme de copropriété, en étant dépourvu de personnalité juridique (article L214-180 du Code monétaire et financier).

²³ La société de titrisation est l'organisme de titrisation constitué sous la forme de société anonyme ou de société par actions simplifiée (article L214-176 du Code monétaire et financier).

²⁴ Les titres de créances pouvant être émis par les fonds commun de titrisation sont soit des obligations, soit des titres de créances négociables, soit des titres de créances émis sur le fondement d'un droit étranger (article L214-182 du Code monétaire et financier). Les sociétés de titrisation émettent des titres de créances en leur qualité de société anonyme ou société par actions simplifiée (voy., T. Granier *et al*, *Droit commercial : Instruments de paiement et de crédit. Titrisation*, Dalloz, 2017, §813).

²⁵ Article L211-1 du Code monétaire et financier.

²⁶ T. Granier *et al*, *Droit commercial : Instruments de paiement et de crédit. Titrisation*, Dalloz, 2017, §§ 789 et suivants.

²⁷ Comme des arrangeurs chargés du montage juridique et financier de l'opération et de la mise en rapport des participants (A. Quiquerez, *Droit et techniques internationales de la titrisation*, Larcier, 2018, §§ 7, 27).

les agences de notation de crédit assument vis-à-vis de ces opérations. Ces agences ont pour rôle d'informer les investisseurs et de contribuer pour la transparence du marché. D'un côté, les agences de notation évitent aux investisseurs une lourde charge (compte tenu des coûts élevés des recherches indépendantes)²⁸ et, de l'autre, la notation renforce la négociabilité et l'interchangeabilité des titres issus des opérations de titrisation²⁹.

Par ailleurs, lorsqu'on évoque la titrisation, on l'associe souvent à la crise financière et économique de 2007-2008 née aux États-Unis, la « crise des *subprimes* ». Cette crise a mis en évidence l'insuffisance des mécanismes existants de protection des investisseurs dans la titrisation. En même temps, cette crise a révélé aussi l'absence de diligence des investisseurs dans leur prise de décision d'investissement.

Les crédits « *subprimes* » sont les crédits hypothécaires accordés à des emprunteurs à risque, par opposition aux crédits « *primes* » qui sont offerts aux emprunteurs d'excellente qualité de crédit. Dans un premier temps, les crédits *primes* étaient les crédits titrisés et le risque était donc maîtrisé. Ensuite, les établissements de crédit et les courtiers³⁰ ont multiplié l'attribution de prêts *subprimes*, avec l'encouragement des pouvoirs publics américains pour promouvoir l'accès à la propriété immobilière, et en ayant confiance qu'avec l'augmentation continue des prix des biens immobiliers les emprunteurs pourraient toujours rembourser leurs emprunts en vendant leurs biens immobiliers.

Comme les banques titrisaient massivement leurs crédits *subprimes*, elles sont devenues moins vigilantes sur la qualité de crédit des emprunteurs. À la fin, ces institutions financières octroyaient des prêts à des personnes qui, en l'absence de titrisation, n'en auraient pas bénéficié (à défaut d'une qualité de crédit suffisante). C'est l'illustration du modèle économique « initier pour distribuer » ou « octroi pour cession » : les prêteurs octroient des crédits en appliquant des procédures insuffisantes et laxistes, puisqu'ils savent à l'avance que les risques liés à ces prêts sont transférés à des tiers³¹.

Étant donné que ces prêts *subprimes* qui constituaient le sous-jacent des opérations de titrisation portaient des risques plus élevés, les banques ont été conduites à mettre en place des

²⁸ J. C. Coffee, « Ratings Reform: The Good, The Bad, and The Ugly », *Columbia Law and Economics Working Paper*, n° 375; ECGI - Law Working Paper n° 162/2010, septembre 2010.

²⁹ À propos du rôle des agences de notation, voy., 1.1.2, ci-dessous.

³⁰ Les courtiers ou les « *brokers* » sont des intermédiaires indépendants qui mettent en relation un emprunteur et une banque.

³¹ T. Granier *et al*, *Droit commercial : Instruments de paiement et de crédit. Titrisation*, Dalloz, 2017, §§ 647-648; A. Quiquerez, *Droit et techniques internationales de la titrisation*, Larcier, 2018, § 3.

mécanismes afin de les gérer, en recourant à la titrisation synthétique et à des techniques de « *repackaging* ». Ces techniques correspondaient, en gros, à reconditionner des titres sous-évalués, issus des véhicules de titrisation qui ont acquis des portefeuilles de prêts *subprimes*, avec d'autres titres financiers mieux notés³². En somme, les structures de titrisation sont devenues beaucoup plus complexes et opaques. De ce fait, une asymétrie d'information s'est installée entre l'initiateur, qui connaissait la qualité des prêts titrisés, et les investisseurs, qui n'avaient pas conscience du contenu des produits issus de la titrisation, en les acquérant à grande échelle (en pensant que ces titres risqués étaient intéressants, car leur rendement était satisfaisant)³³. De plus, les agences de notation de crédit attribuaient initialement des notes satisfaisantes aux titres émis dans le cadre de ces opérations, et bénéficiaient de surcroît d'une confiance excessive de la part des investisseurs.

Dans ce contexte, une crise commence à se déclencher en 2007. Du fait notamment de la hausse régulière des taux d'intérêt aux États-Unis qui fait baisser le marché de l'immobilier et de la faible solvabilité des emprunteurs, un nombre croissant de ces crédits *subprimes* est en défaut de paiement, entraînant de nombreuses saisies immobilières et un effondrement de ce marché. Les investisseurs dans les titres émis dans la titrisation des crédits *subprimes* (notamment des banques et des fonds d'investissement) ne pouvaient plus être rémunérés une fois que ces crédits n'étaient plus remboursés, ce qui les a mis en difficultés économiques. Ces difficultés ont fini par toucher l'ensemble de l'économie, une perte de confiance générale sur les marchés financiers à l'échelle mondiale s'est installée, et les entreprises ne trouvaient plus facilement de financement auprès des banques et des investisseurs³⁴. C'est pourquoi on admet que les crédits *subprimes* ont contribué à cette crise financière et économique.

Avant la crise des *subprimes*, il existait un certain optimisme quant au développement du marché de la titrisation. Les acteurs avaient pour objectif de structurer et de dynamiser le secteur, accompagnés par une politique volontariste des pouvoirs publics et un assouplissement de la réglementation, aussi bien aux États-Unis qu'en Europe. La crise financière a mis en évidence les insuffisances de l'encadrement de la titrisation. La tendance visant à libéraliser la titrisation s'est alors inversée.

³² À propos, voy... J. S. L. Demers, « Towards a New Regulatory Approach for Mortgage-Backed Securities », *Journal of Law in Society*, 2018, vol. 18, n. 2, pp. 266-290.

³³ T. Granier *et al*, *Droit commercial : Instruments de paiement et de crédit. Titrisation*, Dalloz, 2017, §§ 647-648.

³⁴ X. Kergommeaux, « Titrisation », *Répertoire de droit commercial*, Dalloz, jan. 2010, §§ 12-18 ; A. Quiquerez, *Droit et techniques internationales de la titrisation*, Larcier, 2018, § 3.

Néanmoins, ce n'est pas le mécanisme de titrisation en lui-même qui était responsable de la crise des *subprimes*. Parfois perçue comme sa cause principale, la titrisation doit être davantage considérée comme le simple vecteur de sa propagation. En réalité, la crise des *subprimes* a été causée³⁵ principalement par la nature excessivement risquée des créances titrisées – ce sont les utilisateurs qui n'ont pas maîtrisé la titrisation et c'est la régulation qui a fait défaut³⁶. La régulation existant avant la crise ne stimulait pas l'alignement des intérêts des acteurs liés à l'origine et au montage de l'opération de titrisation avec ceux des investisseurs. La transparence n'était pas adéquatement exigée, en augmentant l'asymétrie d'information entre les acteurs de la titrisation. Les agences de notation n'étaient pas efficacement régulées, de façon que la qualité de la notation et l'impartialité des agences ont été contestées. En outre, la régulation n'exigeait pas que les investisseurs soient effectivement diligents dans leurs décisions d'investissement.

D'ailleurs, la réaction des autorités à la crise des *subprimes* n'a pas consisté à interdire les opérations de titrisation, mais à les réguler. De plus, comme les contraintes réglementaires et les exigences de fonds propres des établissements de crédit ont augmenté à la suite de la crise³⁷, la titrisation s'est avérée un outil important pour stimuler l'octroi de crédit et le financement de l'économie. Dans ce contexte, les autorités ont pris plusieurs mesures pour rendre les opérations de titrisation plus sûres et plus simples, et pour s'assurer qu'il existe des mesures appropriées pour gérer le risque de la titrisation – notamment des exigences de fonds propres plus élevées pour les établissements intervenant en qualité d'initiateurs ou d'investisseurs dans des opérations de titrisation, un devoir de diligence, des obligations de transparence, des exigences en matière de conduite des affaires ainsi que des obligations en matière de rétention du risque afin d'éviter la reproduction du modèle « initier pour distribuer ».

³⁵ À propos des autres raisons de la crise financière et économique de 2007-2008, voy., : M. Dévoluy, R. Kovar, « Union économique et monétaire », *Répertoire de droit européen*, Dalloz, avril 2015, §§ 752-764.

³⁶ A. Quiquerez, *Droit et techniques internationales de la titrisation*, Larcier, 2018, § 3-4 ; T. Granier *et al*, *Droit commercial : Instruments de paiement et de crédit. Titrisation*, Dalloz, 2017, §§ 632, 648, 687.

³⁷ Selon les accords de Bâle, les banques se sont engagées à respecter certaines règles comptables exigées par le ratio de solvabilité imposé par l'Accord du Comité de Bâle I, réformé par l'Accord du Comité de Bâle II et par l'Accord du Comité de Bâle III. Ce ratio exige que les banques disposent en permanence de fonds propres adéquats liés à la nature et au volume des risques auxquels elles s'exposent (J. Hubert, *Les nouveaux défis juridiques de la titrisation aux États-Unis et en Europe*, mémoire, Université Paris 2 Panthéon-Assas, 2014, pp. 17-18). Au niveau européen, ces exigences prudentielles ont été réglées par la Directive 2013/36/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et la surveillance prudentielle des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, modifiant la directive 2002/87/CE et abrogeant les directives 2006/48/CE et 2006/49/CE (laquelle a mis en œuvre l'Accord du Comité de Bâle III) et par le Règlement (UE) n° 575/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 concernant les exigences prudentielles applicables aux établissements de crédit et aux entreprises d'investissement et modifiant le règlement (UE) n° 648/2012. Les dispositions prudentielles sont codifiées en France aux articles L511-41 et suivants du Code monétaire et financier.

Concrètement, il s'agit des mesures prises, au niveau mondial, à travers des textes produits au sein du Comité de Bâle sur le contrôle bancaire (outre les nombreuses recommandations de ce comité, notamment l'Accord du Comité de Bâle III) et aux États-Unis, en particulier à travers le « *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act* » du 21 juillet 2010 (qui a entraîné une réforme globale des activités financières, y compris celle de la titrisation). Au niveau européen, un grand nombre d'actes juridiques ont été adoptés pour réglementer la titrisation, notamment le règlement n° 575/2013 du 26 juin 2013 (dit « règlement CRR »)³⁸ sur les exigences de fonds propres des banques, la directive n° 2009/138/CE du 25 novembre 2009 (dit « directive Solvabilité II »)³⁹ pour les assureurs, la directive n° 2009/65/CE du 13 juillet 2009 (dit « directive OPCVM »)⁴⁰ et la directive n° 2011/61/UE du 8 juin 2011 (dit « directive AIFM »)⁴¹ pour les gestionnaires d'actifs, tels que modifiés⁴².

Le cadre réglementaire des agences de notation a été introduit, dans l'Union européenne, par le règlement n° 1060/2009 du 16 septembre 2009 (dit « règlement CRA⁴³ »)⁴⁴ sur les agences de notation, tel que modifié. Aujourd'hui, les agences de notations sont soumises, entre autres, à des règles relatives aux conflits d'intérêts, à la transparence et à la qualité des notations. De plus, le règlement CRA, tel que modifié, essaye de réduire la dépendance excessive des investisseurs vis-à-vis des notations, en plus de préciser le régime de responsabilité des agences de notation⁴⁵.

Ainsi, bien que la crise des *subprimes* ait affecté son image et ralenti son utilisation, la titrisation continue d'être une opération importante et avec une forte présence dans les marchés financiers. Plusieurs banques, assureurs et autres entreprises commerciales ont intégré la titrisation dans leur palette d'outils de financement et de transfert des risques, et comptent sur la titrisation pour réussir économiquement. Il semble admis aujourd'hui que la titrisation peut

³⁸ Règlement (UE) n° 575/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 concernant les exigences prudentielles applicables aux établissements de crédit et aux entreprises d'investissement et modifiant le règlement (UE) n° 648/2012.

³⁹ Directive n° 2009/138/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 sur l'accès aux activités de l'assurance et de la réassurance et leur exercice.

⁴⁰ Directive n° 2009/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant certains organismes de placement collectif en valeurs mobilières.

⁴¹ Directive n° 2011/61/UE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2011 sur les gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs et modifiant les directives 2003/41/CE et 2009/65/CE ainsi que les règlements (CE) n° 1060/2009 et (UE) n° 1095/2010.

⁴² Des dispositions figurent également dans des actes délégués.

⁴³ « *Credit Rating Agencies* ».

⁴⁴ Règlement (CE) n° 1060/2009 du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 sur les agences de notation de crédit.

⁴⁵ À propos, cf. *supra* . 1.1.2..

être un instrument utile au développement de l'économie. Le problème qui se pose est celui de l'encadrement de ce système pour éviter les dérives possibles⁴⁶.

Dans cette optique, un nouveau règlement européen a été adopté établissant des règles communes en matière de titrisation ainsi qu'un cadre européen pour les opérations de titrisation simples, transparentes et standardisées (ci-après, « titrisations STS ») : le règlement n° 2017/2402 du 12 décembre 2017 (dit « règlement Titrisation »)⁴⁷, qui est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2019. La proposition de ce règlement européen est en accord avec les recommandations de la régulation au niveau mondial, notamment celles du Comité de Bâle sur le contrôle bancaire et de l'Organisation internationale des commissions de valeurs (ci-après, « OICV »)⁴⁸. De plus, les exigences de fonds propres réglementaires pour les établissements intervenant en qualité d'initiateurs, de sponsors ou d'investisseurs dans des opérations de titrisation ont été modifiées par un règlement adopté le même jour⁴⁹.

En proposant le règlement Titrisation, les autorités européennes ont reconnu l'importance de la titrisation et ont considéré qu'un cadre européen de qualité en cette matière peut favoriser l'intégration des marchés financiers au sein de l'Union européenne, aider à diversifier les sources de financement et libérer des capitaux. Selon la Commission européenne :

« la titrisation joue un rôle majeur dans le bon fonctionnement des marchés des capitaux. Bien structurée, elle peut être un canal important de diversification des sources de financement et contribue à une répartition des risques plus efficace au sein du système financier de l'Union. Elle permet de distribuer plus largement les risques du secteur financier et peut contribuer à alléger le bilan des établissements de crédit, qui pourront dès lors continuer de financer l'économie. Globalement, elle peut améliorer l'efficacité du système financier et élargir les possibilités d'investissement. Elle peut faire le lien entre les établissements de crédit et les marchés des capitaux, avec des avantages indirects pour les entreprises et les particuliers (sous la forme, par exemple, de prêts, d'hypothèques d'entreprises et

⁴⁶ A. Quiquerez, *Droit et techniques internationales de la titrisation*, Larcier, 2018, § 3-4 ; T. Granier *et al*, *Droit commercial : Instruments de paiement et de crédit. Titrisation*, Dalloz, 2017, §§ 632, 648, 687.

⁴⁷ Règlement (UE) n° 2017/2402 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2017 créant un cadre général pour la titrisation ainsi qu'un cadre spécifique pour les titrisations simples, transparentes et standardisées, et modifiant les directives 2009/65/CE, 2009/138/CE et 2011/61/UE et les règlements (CE) n° 1060/2009 et (UE) n° 648/2012.

⁴⁸ Basel committee on banking supervision, International organization of securities commissions, « Criteria for identifying simple, transparent and comparable securitizations », 23 juillet 2015, disponible en ligne : <https://www.bis.org/bcb/publ/d332.pdf> (consulté le [01 décembre 2020]).

⁴⁹ Règlement (UE) n° 2017/2401 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2017 modifiant le règlement (UE) n° 575/2013 concernant les exigences prudentielles applicables aux établissements de crédit et aux entreprises d'investissement.

de cartes de crédit moins chers) et donne aux investisseurs concernés accès à des catégories d'actifs dissociés du risque de crédit de l'initiateur »⁵⁰.

La proposition du règlement Titrisation s'est appuyée sur ce qui a déjà été mis en place dans l'Union européenne pour traiter les risques inhérents aux titrisations hautement complexes, opaques et risquées. Le règlement a pour but de relancer un marché de la titrisation durable qui améliore le financement de l'économie de l'Union européenne, tout en garantissant la stabilité financière et la protection des investisseurs. Pour ce faire, le règlement vise à créer une réglementation qui puisse gagner la confiance des investisseurs et à mettre en place un cadre réglementaire plus sensible au risque⁵¹.

En somme, comme explicitée dans sa proposition, l'adoption de ce règlement a pour objectifs de :

« (1) relancer les marchés sur une base plus durable, de façon que les titrisations simples, transparentes et standardisées puissent agir comme un canal de financement efficace de l'économie; (2) permettre un transfert efficace des risques vers un large éventail d'investisseurs institutionnels ainsi que les banques; (3) permettre à la titrisation de fonctionner comme un mécanisme de financement efficace pour certains investisseurs de plus long terme ainsi que pour les banques; (4) protéger les investisseurs et gérer le risque systémique en évitant la réapparition des modèles défectueux 'octroi pour cession' »⁵².

De plus, comme vue précédemment, la réglementation européenne de l'après-crise autour de la titrisation a donné lieu à un ensemble de textes épars qui visent les diverses catégories d'investisseurs régulés susceptibles d'investir dans des positions de titrisation⁵³, ce qui a donné lieu à des divergences dans les exigences applicables aux différents investisseurs. De ce fait, l'adoption du règlement Titrisation a pour objectif de renforcer la cohérence et la normalisation de la régulation de la titrisation, ce qui ne pourrait être réalisé qu'au niveau européen. On va donc actuellement vers un développement du droit européen de la titrisation.

Le règlement Titrisation comprend deux grands axes. Dans son premier axe, se retrouvent les règles qui s'appliquent à l'ensemble des titrisations, visant assurer ainsi la

⁵⁰ Commission européenne, Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil établissant des règles communes en matière de titrisation ainsi qu'un cadre européen pour les opérations de titrisation simples, transparentes et standardisées, et modifiant les directives 2009/65/CE, 2009/138/CE et 2011/61/UE et les règlements (CE) n° 1060/2009 et (UE) n° 648/2012, 30 novembre 2015, n° COM (2015) 472 final 2015/0226 (COD), p. 2.

⁵¹ Commission européenne, Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil n° COM (2015) 472 final 2015/0226 (COD), *op. cit.*, p. 3.

⁵² Commission européenne, Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil n° COM (2015) 472 final 2015/0226 (COD), *op. cit.*, p. 2.

⁵³ F. Faure-Dauphin, « Le nouveau cadre réglementaire européen de la titrisation », *Revue Lamy droit des affaires*, n° 135, 1^{er} mars 2018.

cohérence et l'homogénéité du marché de la titrisation au sein de l'Union européenne. Le deuxième axe est consacré au nouveau régime applicable aux titrisations pouvant être désignées comme STS ou « *simples, transparentes et standardisées* », et décrit aussi bien les critères de désignation applicables aux titrisations STS que les modalités de la notification permettant de se prévaloir de la désignation STS.

Il y a deux types d'exigences STS : un pour les titrisations à long terme et un autre pour les titrisations à court terme (les programmes et les opérations « ABCP »)⁵⁴. Ces exigences sont cependant largement similaires. Le règlement Titrisation⁵⁵ pose de multiples critères relatifs à la simplicité, à la standardisation et à la transparence de la titrisation STS. À titre d'illustration⁵⁶, parmi les exigences relatives à la simplicité, le texte impose que les actifs titrisés soient homogènes, ainsi que seules les titrisations avec cession parfaite⁵⁷ peuvent devenir des titrisations STS (donc les titrisations synthétiques, en principe⁵⁸, ne sont pas incluses). De plus – c'est le cas pour tous les types de titrisation, à quelques exceptions près – la retitrisation⁵⁹ est interdite aussi pour les titrisations STS. Nombreuses sont les dispositions visant à ce que la titrisation soit standardisée, comme l'interdiction de produits dérivés⁶⁰ pour les sous-jacents

⁵⁴ Ce sont les programmes de papier commercial adossé à des actifs ou les « programmes ABCP » (« un programme de titrisations dans le cadre duquel les titres émis prennent essentiellement la forme de papier commercial adossé à des actifs ayant une échéance initiale inférieure ou égale à un an », selon l'article 2, point 7), du règlement Titrisation), et les opérations de papier commercial adossé à des actifs ou les « opération ABCP » (« une titrisation dans le cadre d'un programme ABCP », selon l'article 2, point 8), du règlement Titrisation).

⁵⁵ Chapitre 4 (articles 18 à 28) du règlement Titrisation.

⁵⁶ Voy., G. Benteux, E. Legrand, C. Tachet, « Le nouveau cadre prudentiel de la titrisation au sein de l'Union européenne (commentaires sur le règlement (UE) n° 2017/2402 du 12 décembre 2017) », *Bulletin Joly Bourse*, 2018, n° 2, p. 100 ; F. Faure-Dauphin, « Le nouveau cadre réglementaire européen de la titrisation », *Revue Lamy droit des affaires*, n° 135, 1^{er} mars 2018 ; A.-C. Muller, « Règlement (UE) 2017/2402 du 12 décembre 2017 créant un cadre général pour la titrisation, ainsi qu'un cadre spécifique pour les titrisations simples, transparentes et standardisées », *Revue de Droit bancaire et financier*, n. 2, mars 2018, comm. 58.

⁵⁷ Ou une cession ou un transfert ayant le même effet juridique, d'une manière qui soit opposable au vendeur ou aux tiers. Dans la cession parfaite, la propriété des expositions sous-jacentes est transférée ou effectivement attribuée à une entité de titrisation et ce transfert de propriété n'est pas soumis à des dispositions strictes imposant leur restitution en cas d'insolvabilité du vendeur (considérant 22 et articles 20 et 24 du règlement Titrisation).

⁵⁸ La Commission Européenne évaluera si certaines titrisations synthétiques qui ont obtenu de bonnes performances pendant la crise financière et qui sont simples, transparentes et standardisées devraient pouvoir satisfaire aux exigences STS (Commission européenne, Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil n° COM (2015) 472 final 2015/0226 (COD), *op. cit.*, p. 17).

⁵⁹ Retitrisation c'est « une titrisation dans laquelle au moins une des expositions sous-jacentes est une position de titrisation » (article 2, point 4), du règlement Titrisation). « Ces transactions, pouvant parfois atteindre des sommets de complexité et d'opacité, ont été très vivement critiquées après la dernière crise financière, malgré leurs apports indéniables à l'animation des marchés financiers. » (G. Benteux, E. Legrand, C. Tachet, « Le nouveau cadre prudentiel de la titrisation au sein de l'Union européenne (commentaires sur le règlement (UE) n° 2017/2402 du 12 décembre 2017) », *Bulletin Joly Bourse*, 2018, n. 2, p. 100).

⁶⁰ Les produits dérivés sont des instruments financiers dont le prix dépend ou provient d'un ou plusieurs actifs sous-jacents. Ces produits permettent de gérer des risques : lorsqu'un risque existe, les acteurs économiques peuvent chercher à s'en prémunir (couverture) ou à l'exploiter (spéculation). Les produits dérivés remplissent ainsi à la fois une fonction de couverture et de spéculation (T. Bonneau, *et al*, *Droit financier*, LGDG, 2017, §§ 12 et suivants et 736 et suivants).

(sauf exception)⁶¹. Dans les exigences de transparence, on retrouve l'obligation de donner des informations aux investisseurs potentiels relatives à la performance passée des expositions similaires. Ce règlement pose encore comme principe que seules peuvent être désignées comme STS les opérations dont l'initiateur, le sponsor et le véhicule de titrisation sont établis dans l'Union européenne⁶².

L'adhésion au cadre réglementaire de la titrisation STS – plus restrictif que celui relatif aux titrisations ordinaires – reste optionnelle. Ainsi, les opérations de titrisation à caractère plus complexe et opaque ou le recours à la titrisation synthétique ne sont pas interdits, à condition de respecter le cadre général de la titrisation posé dans la première partie du règlement Titrisation. Les acteurs du marché ne seront pas obligés d'émettre et d'investir dans des titrisations STS. L'enjeu du bénéfice de la désignation STS se trouve dans le traitement prudentiel plus favorable à ces opérations, étant donné que désormais les établissements soumis au règlement CRR (notamment les établissements de crédit) pourront appliquer, dans le calcul de leurs fonds propres, une pondération à ses expositions de titrisations STS plus favorables qu'à des titrisations ne bénéficiant pas d'une telle désignation⁶³. En outre, la désignation d'une titrisation comme STS ne signifie pas que la titrisation en question soit exempte de risques, étant donné que cette désignation STS, comme déclare la Commission européenne, « renvoie au processus de structuration de la titrisation et non à la qualité de crédit sous-jacente des actifs concernés. Elle ne signifie donc pas que certaines des titrisations autres que STS, qui présenteraient par exemple une structure moins simple, ne pourraient pas être constituées d'expositions sous-jacentes aux caractéristiques de qualité de crédit appropriées »⁶⁴.

Le règlement Titrisation s'applique aux initiateurs, sponsors, prêteurs initiaux, entités de titrisation, ainsi qu'aux investisseurs institutionnels exposés à des titrisations⁶⁵. Pour la définition du champ d'application du règlement Titrisation, l'initiateur correspond à une entité

⁶¹ Pour les titrisations STS, le véhicule de titrisation « ne conclut pas de contrats dérivés et veille à ce que le panier d'expositions sous-jacentes n'inclue pas de produits dérivés, sauf si l'intention est de couvrir le risque de taux d'intérêt ou le risque de change » (article 21, § 2, du règlement Titrisation).

⁶² Article 18, alinéa 2, du règlement Titrisation. De plus, selon l'article 46, point e), du règlement Titrisation, la Commission doit présenter un rapport pour évaluer « si, dans le domaine des titrisations STS, un régime d'équivalence pourrait être instauré pour les initiateurs, les sponsors et les SSPE de pays tiers, en prenant en considération l'évolution intervenue au niveau international dans le domaine de la titrisation, notamment les initiatives relatives aux titrisations simples, transparentes et comparables ».

⁶³ À travers des modifications du règlement CRR par le règlement (UE) n° 2017/2401 du 12 décembre 2017. La même logique s'appliquera aux entreprises d'assurance, qui attendent les ajustements de la Commission européenne à ce sujet.

⁶⁴ Commission européenne, Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil n° COM (2015) 472 final 2015/0226 (COD), *op. cit.*, p. 4.

⁶⁵ Article 1^{er} du règlement Titrisation.

qui « a pris part directement ou indirectement à l'accord d'origine qui a donné naissance aux obligations ou obligations potentielles du débiteur ou du débiteur potentiel donnant lieu à l'exposition titrisée ou achète les expositions d'un tiers pour son propre compte et les titre ensuite »⁶⁶. Le sponsor est « un établissement de crédit⁶⁷ [...], ou une entreprise d'investissement⁶⁸ [...], autre qu'un initiateur, qui : a) établit et gère un programme de papier commercial adossé à des actifs ou une autre titrisation qui achète les expositions de tiers ; ou b) établit un programme de papier commercial adossé à des actifs ou une autre titrisation qui achète les expositions de tiers et délègue la gestion de portefeuille active au quotidien qu'implique cette titrisation⁶⁹ [...] »⁷⁰. Puis, le prêteur initial est l'entité qui « [...] a conclu, directement ou indirectement, l'accord d'origine qui a donné naissance aux obligations ou obligations potentielles du débiteur ou du débiteur potentiel donnant lieu à l'exposition titrisée »⁷¹. De plus, l'entité de titrisation ou la SSPE est, au sens du règlement, « une entreprise, une fiducie ou autre entité, autre qu'un initiateur ou un sponsor, qui est créée dans le but de réaliser une ou plusieurs titrisations, dont les activités sont limitées à celles appropriées pour la réalisation de cet objectif, dont la structure vise à isoler les obligations de la SSPE de celles de l'initiateur »⁷². Comme mentionné précédemment, en France, les entités de titrisation sont les organismes de titrisation, qui prennent la forme soit d'un fonds commun de titrisation, soit d'une société de titrisation.

Finalement, le règlement s'applique expressément aussi aux investisseurs dits institutionnels. En général, les investisseurs institutionnels sont des opérateurs qui, en raison de leurs activités, interviennent de manière importante sur le marché financier et sont normalement soumis à une réglementation propre. Pour être plus précis, le règlement Titrisation considère investisseurs institutionnels⁷³ : (a) les entreprises d'assurance⁷⁴ et les entreprises de réassurance⁷⁵ ; (b) les institutions de retraite professionnelle⁷⁶ et les gestionnaires de placements ou les entités autorisées désignées par une institution de retraite

⁶⁶ Article 2, point 3), du règlement Titrisation.

⁶⁷ Au sens de l'article 4, § 1, point 1), du règlement CRR, situé ou non dans l'Union européenne.

⁶⁸ Au sens de l'article 4, § 1, point 1), de la directive MIF II.

⁶⁹ À une entité agréée pour l'exercice d'une telle activité conformément à la directive OPCVM, à la directive AIFM ou à la directive MIF II.

⁷⁰ Article 2, point 5), du règlement Titrisation.

⁷¹ Article 2, point 20), du règlement Titrisation.

⁷² Article 2, point 2), du règlement Titrisation.

⁷³ Article 2, point 12), du règlement Titrisation.

⁷⁴ Au sens de l'article 13, point 1), de la directive Solvabilité II.

⁷⁵ Au sens de l'article 13, point 4), de la directive Solvabilité II.

⁷⁶ Qui relève du champ d'application de la directive (UE) 2016/2341 du Parlement européen et du Conseil conformément à l'article 2 de ladite directive, sauf si un État membre a choisi de ne pas appliquer cette directive, en tout ou partie, à une telle institution conformément à l'article 5 de ladite directive.

professionnelle⁷⁷ ; (c) les gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs⁷⁸ ; (d) les sociétés de gestion d'organismes de placement collectif en valeurs mobilières⁷⁹ ; (e) les organismes de placement collectif en valeurs mobilières faisant l'objet d'une gestion interne⁸⁰ ; (f) les établissements de crédit⁸¹ ; et (g) les entreprises d'investissement⁸². En général, ces investisseurs ont une importance au niveau de l'ensemble du système financier, leur défaillance pouvant entraîner des risques systémiques. De plus, ces investisseurs peuvent ne pas être les investisseurs finaux. Ainsi, quoique ces investisseurs institutionnels bénéficient des mécanismes de protection posés par le règlement Titrisation, ils sont aussi soumis à des obligations.

En fait, les titres issus des opérations de titrisation peuvent être acquis par des investisseurs qui ne sont pas considérés comme investisseurs institutionnels au sens du règlement Titrisation. Ce règlement définit comme investisseurs, dans un sens plus général, toutes les personnes physiques ou morales « détenant une position de titrisation »⁸³. C'est vrai qu'en raison de l'ampleur des risques et de la complexité qui leur est inhérente, les instruments de titrisation ne conviennent pas normalement aux petits investisseurs. En général, les clients de détail ne peuvent pas les acquérir, sauf s'ils respectent l'ensemble des conditions posées par l'article 3 du règlement Titrisation⁸⁴. En tout cas, outre les investisseurs institutionnels, il y a d'autres types d'investisseurs qui pourraient acquérir des instruments issus des opérations de titrisation – à l'exemple des investisseurs professionnels qui ne se qualifient pas comme des investisseurs institutionnels au sens du règlement Titrisation⁸⁵.

Il convient de rappeler la catégorisation des clients faite par la directive n° 2014/65/UE du 15 mai 2014 (dit « directive MIF II »)⁸⁶, transposé en France par l'Ordonnance n° 2017-1107 du 22 juin 2017. Le but de cette segmentation est de séparer les clients selon leur connaissance des services d'investissement, mais aussi selon leur capacité financière à

⁷⁷ Conformément à l'article 32 de la directive (UE) 2016/2341.

⁷⁸ Au sens de l'article 4, § 1, point b), de la directive AIFM qui gère et/ou commercialise des fonds d'investissement alternatifs dans l'Union européenne.

⁷⁹ Au sens de l'article 2, § 1, point b), de la directive OPCVM.

⁸⁰ Qui sont des sociétés d'investissement agréées en vertu de la directive OPCVM et qui n'ont pas désigné, pour leur gestion, de société de gestion agréée en vertu de ladite directive.

⁸¹ Au sens de l'article 4, § 1, point 1), du règlement CRR.

⁸² Au sens de l'article 4, § 1, point 2), du règlement CRR.

⁸³ Article 2, point 11), du règlement Titrisation.

⁸⁴ À propos de ces conditions, voy., 2.1.2, ci-dessous.

⁸⁵ À titre d'illustration, une entreprise qui remplit aux critères de l'article D533-11, alinéa 2, du Code monétaire et financier serait un investisseur professionnel. En revanche, cette entreprise ne serait pas forcément un investisseur institutionnel au sens de l'article 2, point 12), du règlement Titrisation.

⁸⁶ Directive n° 2014/65/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 concernant les marchés d'instruments financiers et modifiant la directive 2002/92/CE et la directive 2011/61/UE.

supporter les risques de ces opérations. Ainsi, il existe trois catégories de clients : les clients de détail (ou les clients non professionnels), les clients professionnels et les contreparties éligibles. Les clients de détail sont définis négativement comme ceux qui ne sont pas professionnels⁸⁷, et sont ceux qui bénéficient du plus haut degré de protection. Les clients non professionnels peuvent être, par exemple, les organismes du secteur public, les pouvoirs publics locaux, les municipalités et les investisseurs particuliers⁸⁸. Les clients professionnels sont ceux qui possèdent l'expérience, les connaissances et la compétence nécessaires pour prendre leurs propres décisions d'investissement et évaluer correctement les risques encourus⁸⁹. La protection des clients professionnels est moindre que celle des clients de détail, mais plus forte que celle des contreparties éligibles. Finalement, la directive MIF II définit comme contreparties éligibles, entre autres, les entreprises d'investissement, les établissements de crédit, les entreprises d'assurance, les gouvernements nationaux et leurs services, les banques centrales et les organisations supranationales⁹⁰.

Comme évoqué ci-dessus, un des principaux objectifs du règlement Titrisation est de garantir la protection des investisseurs. De même, le règlement CRA vise à que les investisseurs puissent être adéquatement informés pour prendre ses décisions d'investissement. D'une part, la titrisation permet aux investisseurs de diversifier leurs investissements, de bénéficier d'actifs de qualité et d'obtenir des rendements intéressants⁹¹. D'autre part, les investissements dans les titrisations ont pour effet d'exposer l'investisseur à des risques divers, pas seulement les risques de crédit liés aux expositions ou aux prêts sous-jacents, mais aussi les risques générés dans le processus de structuration des titrisations⁹². Toutefois, l'approche de la protection des investisseurs n'est pas purement passive, mais se trouve accompagnée d'un devoir de diligence qui leur est imposé.

⁸⁷ Article 4, § 1, point 11), de la directive MIF II.

⁸⁸ L'Annexe II, section II, de la directive MIF II, liste les clients pouvant être traités comme des clients professionnel à leur propre demande (considérés ainsi comme des clients de détails, puisqu'ils peuvent renoncer à ce statut).

⁸⁹ Article 4, § 1, point 10), de la directive MIF II et article L533-16, alinéa 2, du Code monétaire et financier. Ils sont énumérés par l'annexe II de la directive MIF II et par l'article D533-11 du Code monétaire et financier.

⁹⁰ Les contreparties éligibles sont définies à l'article 30, § 2, de la directive MIF II. L'article D533-13 du Code monétaire et financier offre une liste de ces contreparties éligibles (plus large que celle de la directive MIF II).

⁹¹ The Joint Forum (Basel committee on banking supervision, International organization of securities commissions, International association of insurance supervisors), « Report on asset securitisation incentives », juillet 2011, disponible en ligne : <https://www.bis.org/publ/joint26.pdf> (consulté le [01 décembre 2020]), points 2.2.1, 2.2.2 et 2.2.3.

⁹² Tels que le risque d'agence, le risque de modèle, le risque juridique et opérationnel, le risque de contrepartie, le risque de gestion, le risque de liquidité et le risque de concentration (considérant 9 du règlement Titrisation).

En considérant cette approche, le présent travail à propos de *la protection des investisseurs dans la titrisation* propose une analyse de – en s'appuyant essentiellement sur le droit français interne et sur le droit européen – non seulement les mesures de protection qui sont à disposition des investisseurs, mais aussi le rôle actif que ces derniers doivent assumer.

La crise des *subprimes* a démontré, d'un côté, que les investisseurs n'étaient pas suffisamment protégés dans les cadres des opérations de titrisation, notamment à cause d'une asymétrie d'information installée entre les initiateurs et les investisseurs et d'une déresponsabilisation des acteurs dans la création des produits titrisés. De l'autre, la crise a démontré aussi l'absence de diligence des investisseurs dans leur prise de décision liée à leur investissement dans la titrisation, marquée par une confiance excessive dans des tiers, notamment dans des agences de notation.

Une diligence appropriée par des investisseurs institutionnels pourrait contribuer au bon fonctionnement du marché de la titrisation dans son ensemble. Le devoir de diligence de ces investisseurs peut être un moyen complémentaire pour les régulateurs d'assainir le marché de la titrisation en faisant appel à la vigilance des investisseurs institutionnels.

De cette façon, *pour garantir la protection des investisseurs dans la titrisation, tout en contribuant au financement de l'économie et à la stabilité du système économique*, il faut, d'abord, mettre à disposition de ces investisseurs des outils de protection (1). Puis, les investisseurs doivent assumer leur rôle pour garantir le bon fonctionnement du marché de la titrisation et faire preuve de diligence tel que cela leur est requis (2).

1. LES OUTILS DE PROTECTION DES INVESTISSEURS DANS LA TITRISATION

Dans un marché marqué, d'un côté, par une asymétrie d'information et, de l'autre, par des conflits d'intérêts entre ses différents acteurs, les investisseurs dans des positions de titrisation doivent être dotés d'outils de protection. Ces outils consistent, notamment, dans des exigences de transparence renforcées (1.1), aussi bien que des mesures de responsabilisation des acteurs du marché de la titrisation (1.2).

1.1. Les exigences de transparence dans la titrisation

L'asymétrie d'information est un phénomène observé par les économistes selon lequel un agent économique dispose de plus d'informations qu'un autre⁹³. Cette situation existe en

⁹³E. M. Iacobucci, R. A. Winter, « Asset Securitization and Asymmetric Information », *Journal of Legal Studies*, vol. 34, n. 1, janvier 2005, p. 161-206.

matière de titrisation, spécialement entre les investisseurs et l'initiateur⁹⁴, vu que ce dernier connaît davantage les caractéristiques des actifs titrisés. La crise des subprimes a montré les risques de l'asymétrie d'information au détriment des investisseurs, ce qui a conduit à l'actuelle exigence d'un accroissement de transparence pour la titrisation. Dans l'Union européenne, cette exigence a été notamment renforcée, dans un premier temps, au travers du règlement CRA (tel que modifié) et, ensuite, par le règlement Titrisation. Ainsi, aujourd'hui, pour pallier l'asymétrie d'information et pour permettre aux investisseurs de prendre une décision d'investissement éclairée, plusieurs informations doivent leur être fournies – conformément, spécialement, le règlement Titrisation (1.1.1). De plus, les agences de notation de crédit jouent un rôle important, en ayant pour mission de réduire cette asymétrie d'information, tout en respectant le règlement CRA (1.1.2).

1.1.1. Les informations qui doivent être fournies aux investisseurs

Les investisseurs doivent être éclairés avant toute prise de décision d'investissement. L'OICV considère que pour que les investisseurs soient conscients des risques auxquels ils vont s'exposer, ils doivent disposer des outils nécessaires pour les évaluer⁹⁵. Afin qu'ils s'engagent en parfaite connaissance de cause, les investisseurs doivent recevoir des informations au stade précontractuel (avant la souscription des titres), mais aussi au stade contractuel, pour qu'ils puissent accompagner leur investissement (et éventuellement céder leurs titres). Ainsi, un principe de transparence doit être observé tout au long de l'opération de titrisation⁹⁶.

Le nouveau règlement Titrisation érige la transparence comme l'un de ses principaux piliers. Ce règlement impose des exigences de transparences concernant tous les types de titrisations, afin de permettre aux investisseurs de comprendre, d'évaluer et de comparer les opérations⁹⁷. De ce fait, les initiateurs, les sponsors et les entités de titrisation sont tenus de mettre à disposition des investisseurs des informations très complètes sur les opérations de titrisation⁹⁸. Des manquements à ces obligations de transparence peuvent même entraîner

⁹⁴ S. Alamowitch, T. Granier, « Éclairage. Titrisation et crise financière », *Bulletin Joly Bourse*, 1^{er} janvier 2008, n. 1, p. 10.

⁹⁵ International organization of securities commissions, « Global developments in securitisation régulation : Final report », 16 novembre 2012, disponible en ligne : <https://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD394.pdf> (consulté le [01 décembre 2020]). À propos : T. Bonneau, « Titrisation », *Revue de Droit bancaire et financier*, n. 2, mars 2013, comm. 75.

⁹⁶ A. Quiquerez, *Droit et techniques internationales de la titrisation*, Larcier, 2018, §§ 105 et 303.

⁹⁷ Commission européenne, Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil n° COM (2015) 472 final 2015/0226 (COD), *op. cit.*, p. 16-17.

⁹⁸ G. Benteux, E. Legrand, C. Tachet, « Le nouveau cadre prudentiel de la titrisation au sein de l'Union européenne (commentaires sur le règlement (UE) n° 2017/2402 du 12 décembre 2017) », *Bulletin Joly Bourse*, n. 2, p. 100.

l'application de sanctions administratives et mesures correctives prévues par le règlement Titrisation⁹⁹.

Les informations essentielles qui doivent être fournies par ces acteurs¹⁰⁰ aux investisseurs (ou, sur demande, aux investisseurs potentiels) sont énumérées à l'article 7 du règlement Titrisation. Il s'agit (a) des informations sur les expositions sous-jacentes¹⁰¹ ; (b) de toute la documentation sous-jacente essentielle à la compréhension de l'opération, en incluant le prospectus de l'opération¹⁰²; (c) des rapports trimestriels ou mensuels¹⁰³ destinés aux investisseurs (contenant, par exemple, les données importantes relatives à la qualité de crédit ou à la performance des expositions sous-jacentes, les événements qui déclenchent des modifications de l'opération et les modalités de rétention du risque) ; et (d) toute information privilégiée devant être rendue publique conformément au règlement n° 596/2014 du 16 avril 2014 (dit « règlement MAR »)¹⁰⁴ concernant les opérations d'initiés et les manipulations de marché¹⁰⁵. Lorsque cette dernière obligation d'information ne s'applique pas, le règlement Titrisation précise que tout événement important doit être informé aux investisseurs, tel qu'un manquement significatif aux obligations prévues dans les documents de l'opération, ou encore une modification des caractéristiques structurelles ou des caractéristiques de risque susceptible d'influencer de manière significative la performance de la titrisation.

Il convient de rappeler que le prospectus est un document qui met à la disposition des investisseurs des informations essentielles sur les titres avant leur émission, notamment de caractère juridique et financier. La remise aux investisseurs d'un prospectus est normalement obligatoire en cas d'émission sur un marché réglementé ou d'offre au public de titres financiers.

⁹⁹ Selon l'article 32, § 1^o, point b), du règlement Titrisation. Les articles 32 et 33 du règlement Titrisation disposent sur les sanctions administratives et mesures correctives et sur l'exercice du pouvoir de les imposer.

¹⁰⁰ L'initiateur, le sponsor et l'entité de titrisation doivent désigner parmi eux une entité chargée de satisfaire aux exigences en matière d'informations (article 7, § 2, du règlement Titrisation).

¹⁰¹ Sur une base trimestrielle, ou, dans le cas des programmes et des opérations ABCP, des informations sur les créances ou créances privées sous-jacentes, sur une base mensuelle.

¹⁰² Dans les cas d'absence de prospectus, un résumé de l'opération ou un aperçu des principales caractéristiques de la titrisation.

¹⁰³ Les rapports sont mensuels dans le cas des programmes et des opérations ABCP.

¹⁰⁴ Règlement (UE) n° 596/2014 du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 sur les abus de marché (règlement relatif aux abus de marché) et abrogeant la directive 2003/6/CE du Parlement européen et du Conseil et les directives 2003/124/CE, 2003/125/CE et 2004/72/CE de la Commission. La date de l'entrée en vigueur de la totalité des règles de ce règlement est le 21 juillet 2019.

¹⁰⁵ Une information privilégiée, au sens du règlement MAR, c'est « une information à caractère précis qui n'a pas été rendue publique, qui concerne, directement ou indirectement, un ou plusieurs émetteurs, ou un ou plusieurs instruments financiers, et qui, si elle était rendue publique, serait susceptible d'influencer de façon sensible le cours des instruments financiers concernés ou le cours d'instruments financiers dérivés qui leur sont liés » (article 7, § 1^o, point a), du règlement MAR. Des spécificités sur cette notion se trouvent dans les points suivants de cet article). Les opérations d'initiés et les manipulations de marché sont traitées, respectivement, dans les articles 8 et 12 du règlement MAR.

Le règlement n° 2017/1129 du 14 juin 2017 (dit « règlement Prospectus »)¹⁰⁶ pose des exigences relatives à l'établissement, à l'approbation et à la diffusion du prospectus¹⁰⁷. Ce règlement prévoit aussi une série d'exemptions de publication de prospectus¹⁰⁸, comme pour les offres adressées uniquement aux investisseurs qualifiés (lesquels sont, en substance, les clients professionnels et les contreparties éligibles¹⁰⁹). Même non obligatoire, un prospectus peut être rédigé afin de rendre le titre plus attractif¹¹⁰.

En droit français, la réalisation par un organisme de titrisation d'une offre au public ou l'admission aux négociations de ses titres sur un marché réglementé, dont la publication du prospectus est exigée, est subordonnée à l'obtention préalable d'un visa émis par l'Autorité des marchés financiers (ci-après, « AMF ») et apposé sur le prospectus¹¹¹. Le prospectus doit être accompagné, en plus, d'un document rédigé par une agence de notation de crédit qui apprécie les caractéristiques de l'émission¹¹². Dans le cadre des émissions de titres financiers régulées par l'AMF, l'organisme de titrisation est soumis à une obligation d'information périodique à destination des investisseurs et doit ainsi publier des comptes-rendus d'activité de l'exercice¹¹³. De plus, l'AMF détermine¹¹⁴ que, dans ce cadre, l'organisme de titrisation est aussi soumis au droit commun de l'information permanente applicable aux entités dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé ou sur un système multilatéral de négociation organisé¹¹⁵. Parmi ces règles se trouve celle qui impose que l'information donnée aux investisseurs doit être exacte, précise et sincère¹¹⁶. Néanmoins, il convient de préciser que depuis l'entrée en vigueur du règlement MAR, le rôle de l'AMF est assez réduit concernant l'information permanente.

¹⁰⁶ Règlement (UE) n° 2017/1129 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017 concernant le prospectus à publier en cas d'offre au public de valeurs mobilières ou en vue de l'admission de valeurs mobilières à la négociation sur un marché réglementé, et abrogeant la directive 2003/71/CE.

¹⁰⁷ À propos de la notion d'offre au public et des apports du règlement Prospectus sur cette notion (en conduisant à une quasi-abolition de la distinction entre « offres au public » et « placements privés »), voy., A. Pietrancosta, « Offre au public de titres financiers et admission aux négociations sur un marché », *Études Joly Sociétés*, 31 janvier 2019 ; A. Pietrancosta, A. Marraud Des Grottes, « La notion de « placement privé » abolie par le règlement Prospectus du 14 juin 2017 ? », *Bulletin Joly Bourse*, janvier 2018, n. 1, p. 60.

¹⁰⁸ Articles 1^{er} et 3 du règlement Prospectus.

¹⁰⁹ Article 2, point e), du règlement Prospectus.

¹¹⁰ A. Quiquerez, *Droit et techniques internationales de la titrisation*, Larcier, 2018, § 418.

¹¹¹ Instruction de l'AMF n° DOC-2011-01 du 10 janvier 2011 (modifié le 23 juillet 2015) ; articles 212-1 et suivants et 425-1 et suivants du Règlement général de l'AMF ; articles L214-181 et L412-1 du Code monétaire et financier.

¹¹² Article L214-170 du Code monétaire et financier.

¹¹³ Articles 425-13 à 425-17 du Règlement général de l'AMF.

¹¹⁴ Article 425-12 du Règlement général de l'AMF.

¹¹⁵ Articles 223-1 A à 223-10-1 du Règlement général de l'AMF.

¹¹⁶ Article 223-1 du Règlement général de l'AMF.

Concernant les exigences de transparence posées par l'article 7 du règlement Titrisation, ce dispositif précise par ailleurs que la mise à disposition des informations s'effectuera en principe par le biais d'un référentiel des titrisations, ce qui dote les exigences de transparence d'une plus grande effectivité¹¹⁷. Le référentiel des titrisations est une personne morale établie dans l'Union européenne, agréée et contrôlée par l'Autorité européenne des marchés financiers (ci-après, « AEMF »), ayant comme fonction de collecter et conserver de manière centralisée les informations relatives aux titrisations qui lui seront communiquées sur le fondement de l'obligation de transparence¹¹⁸. Comme précisent les considérants du règlement Titrisation, l'obligation faite aux acteurs concernés de mettre à disposition des informations sur les titrisations au moyen du référentiel des titrisations s'insère dans un contexte de renforcement de la transparence du marché, en ayant comme principal objectif « de fournir aux investisseurs une source unique et contrôlée des données nécessaires à l'exercice d'une diligence appropriée »¹¹⁹. Ces référentiels de titrisation constitueront « un système global qui permettra aux investisseurs et aux investisseurs potentiels d'avoir accès à toutes les informations pertinentes sur toute la durée de vie des opérations [...] et de faciliter un accès continu, aisé et libre des investisseurs à des informations fiables sur les titrisations »¹²⁰. En plus d'améliorer la transparence et la connaissance des opérations de titrisation, la collecte centralisée d'informations par les référentiels des titrisations permettrait aux investisseurs de mieux comparer les données des différentes opérations¹²¹.

D'autre part, les titrisations « privées » – c'est-à-dire celles qui ne sont pas soumises à l'établissement d'un prospectus en vertu du droit de l'Union européenne – sont exemptées du recours aux référentiels des titrisations¹²². Le considérant 13 du règlement Titrisation justifie cette exemption en disant que :

« les titrisations privées sont souvent des titrisations sur mesure. Elles sont importantes en ce qu'elles permettent aux parties d'effectuer des opérations de titrisation sans révéler au marché et aux concurrents des informations commerciales

¹¹⁷ A.-C. Muller, « Règlement (UE) 2017/2402 du 12 décembre 2017 créant un cadre général pour la titrisation, ainsi qu'un cadre spécifique pour les titrisations simples, transparentes et standardisées », *Revue de Droit bancaire et financier*, n. 2, mars 2018, comm. 58.

¹¹⁸ Le référentiel des titrisations est défini à l'article 2, point 23), du règlement Titrisation et voit son régime fixé aux articles 10 à 17 du même règlement. De plus, l'article 7, § 2, de ce règlement précise que la documentation relative à toute titrisation doit indiquer quel est le référentiel des titrisations où les informations seront mises à disposition.

¹¹⁹ Considérant 13 du règlement Titrisation.

¹²⁰ Considérant 12 du règlement Titrisation.

¹²¹ A.-C. Muller, « Règlement (UE) 2017/2402 du 12 décembre 2017 créant un cadre général pour la titrisation, ainsi qu'un cadre spécifique pour les titrisations simples, transparentes et standardisées », *Revue de Droit bancaire et financier*, n. 2, mars 2018, comm. 58.

¹²² Article 7, § 2, du règlement Titrisation.

sensibles [...]. Dans de tels cas, les investisseurs sont en contact direct avec l'initiateur et/ou le sponsor et reçoivent directement de leur part les informations nécessaires à l'exercice d'une diligence appropriée ».

Outre cette obligation générale de transparence qui s'applique à tous les types de titrisations, le règlement Titrisation impose des exigences de transparence accrues pour les titrisations STS. Le respect des exigences STS ne signifie pas qu'une opération de titrisation soit exempte de risques, mais qu'elle respecte un certain nombre de critères et qu'un investisseur prudent et diligent sera en mesure d'analyser les risques inhérents à la titrisation. Les normes relatives à la titrisation STS ont ainsi pour objectif d'aider les investisseurs à identifier les catégories de titrisations dont les risques sous-jacents peuvent être analysés plus facilement et de manière plus transparente¹²³.

Pour atteindre cet objectif, l'article 22 du règlement Titrisation¹²⁴ impose des exigences additionnelles pour qu'une titrisation STS puisse répondre au critère de transparence. C'est ainsi que l'initiateur et le sponsor doivent mettre à la disposition des investisseurs potentiels les données relatives aux performances passées en matière de défaut et de perte concernant des expositions similaires à celles qui sont titrisées (sur une période d'au moins cinq ans), aussi bien qu'un modèle de flux de trésorerie des passifs qui représente la relation contractuelle entre les expositions sous-jacentes et les paiements effectués entre les parties à l'opération¹²⁵. De plus, lorsque les actifs sous-jacents sont des prêts immobiliers résidentiels ou des prêts ou crédits-bails automobiles, l'initiateur et le sponsor doivent publier les informations disponibles concernant les performances environnementales des actifs financés par les prêts en question. Outre les exigences de transparence des titrisations STS, les exigences de standardisation sont aussi une forme de renforcement de la transparence, du fait qu'elles permettent aux investisseurs de mieux comparer les différents produits. Les exigences de simplicité des titrisations STS sont aussi conçues pour faciliter l'évaluation des risques sous-jacents par les investisseurs.

D'ailleurs, les titrisations STS doivent être notifiées à l'AEMF, en fournissant des explications sur la conformité de la titrisation en question par rapport aux exigences STS¹²⁶. Cette conformité peut être attestée par un tiers agréé par l'autorité compétente, ce qui n'est

¹²³ Commission européenne, Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil n° COM (2015) 472 final 2015/0226 (COD), *op. cit.*, pp. 7-17 ; considérant 16 du règlement Titrisation.

¹²⁴ Concernant les titrisations ABCP, des exigences similaires (avec quelques adaptations) sont trouvées à l'article 24 du règlement Titrisation.

¹²⁵ À savoir, l'initiateur, le sponsor, les investisseurs, d'autres tiers et l'entité de titrisation.

¹²⁶ Article 27 du règlement Titrisation.

cependant pas de nature à exonérer les acteurs de leur responsabilité en cas de non-conformité de la titrisation, qui incombe en premier lieu aux initiateurs et aux sponsors¹²⁷. En plus de faciliter la surveillance de l'AEMF et des autorités compétentes, le règlement Titrisation attribue à la notification STS le rôle d'informer les investisseurs. Cette notification doit fournir aux investisseurs toutes les données pertinentes sur la manière dont les critères STS sont remplis¹²⁸. Ainsi, les règles de transparence déterminent que la notification dont une titrisation STS fait objet doit être mise à disposition des investisseurs¹²⁹.

En somme, la réglementation autour de la titrisation impose une grande diffusion d'informations destinée aux investisseurs. Outre ces exigences pesant sur les acteurs liés au montage des opérations, les agences de notation tiennent aussi une place importante pour garantir la transparence du marché de titrisation.

1.1.2. Le rôle des agences de notation de crédit

Les agences de notation de crédit doivent être au service des investisseurs. Elles ont pour rôle d'informer les investisseurs et de contribuer pour la transparence du marché. La mission économique fondamentale de ces agences est de pallier les asymétries d'information qui existent sur le marché.

Malgré les contestations et le discrédit des agences de notation par rapport à leurs analyses (ou aux conséquences de ces analyses), notamment après la crise de *subprimes* et la crise des dettes souveraines¹³⁰, ces agences ont encore une place centrale et un pouvoir considérable dans le marché financier, puisqu'elles sont considérées utiles et même indispensables¹³¹. Ces agences évitent une lourde charge aux investisseurs et il est difficile d'imaginer que ces derniers pourraient totalement se passer des agences de notation, compte tenu des coûts élevés des enquêtes de crédit indépendantes¹³². De plus, le marché financier suppose une très grande rapidité de transactions. Comme évoqué ci-dessus¹³³, la titrisation vise à transformer des actifs illiquides en actifs liquides qui peuvent facilement circuler sur le

¹²⁷ Article 27, § 2, et article 28 du règlement Titrisation.

¹²⁸ Considérants 9 et 31 du règlement Titrisation.

¹²⁹ Article 7, § 1, point d), du règlement Titrisation.

¹³⁰ À propos de la crise des dettes souveraines, voy., : M. Dévoluy, R. Kovar, « Union économique et monétaire », *Répertoire de droit européen*, Dalloz, avril 2015, §§ 775-783.

¹³¹ G. Parléani, « La responsabilité civile des agences de notation », in A. Gourio, J.-J. Daigre (dir.), *Droit bancaire et financier*, Mélanges AEDBF-France VI, RB Éditions, 2013, pp. 555-580.

¹³² J. C. Coffee, « Ratings Reform: The Good, The Bad, and The Ugly », *Columbia Law and Economics Working Paper*, n° 375; ECGI - Law Working Paper n° 162/2010, septembre 2010.

¹³³ Cf *supra*. Introduction

marché. La notation des titres issus des opérations de titrisation contribue justement à la liquidité de ces titres, en renforçant leur négociabilité et interchangeabilité.

Le Code de conduite pour les agences de notation de crédit de l'OICV caractérise la notation de crédit comme l'évaluation émise à travers un système établi et défini de la solvabilité d'une entité ou d'une obligation¹³⁴. À son tour, le règlement CRA définit la notation de crédit comme :

« un avis, émis par application d'un système de classification bien défini et bien établi prévoyant différentes catégories de notation, concernant la qualité de crédit d'une entité, d'une dette ou obligation financière, d'un titre de créance, d'actions privilégiées ou autres instruments financiers, ou d'un émetteur d'une telle dette ou obligation financière, d'un tel titre de créance, de telles actions privilégiées ou d'un tel instrument financier »¹³⁵.

En considérant l'évolution de la finance, comme vu à travers ces définitions, la notation n'a plus forcément rapport avec la solvabilité d'une entreprise. Dans le cadre de la titrisation, la notation a rapport avec le panier de créances ou de titres titrisés, en étant, normalement, déconnectée de la solvabilité de l'initiateur ou du véhicule de titrisation. En outre, plus précisément, la notation qui concerne les discussions autour de la titrisation est la notation financière pure¹³⁶, générée à partir des contrats conclus entre les émetteurs de titres et les agences de notation¹³⁷.

La crise de *subprimes* a révélé les faiblesses des agences de notation surtout concernant la titrisation. D'abord, la qualité de la notation était contestable, démontrant une certaine inaptitude des agences de notation à noter certains titres issus des opérations de titrisation, due à leur degré de complexité. De plus – ce qui est plus grave – la crise a permis de contester leur impartialité en raison de la révélation de conflits d'intérêts présents dans le montage de ces opérations. Certes le modèle selon lequel aujourd'hui elles sont rémunérées (modèle de l'émetteur-payeur, dans lequel les émetteurs qui souhaitent être notés font appel aux agences de notation¹³⁸) pourrait déjà faire naître un conflit d'intérêts, vu que l'agence, censée être

¹³⁴ « 'Credit rating' or 'rating' means an assessment regarding the creditworthiness of an entity or obligation, expressed using an established and defined ranking system. ». International organization of securities commissions, « Code of conduct fundamentals for credit rating agencies: final report », mars 2015, disponible en ligne : <https://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD482.pdf> (consulté le [01 décembre 2020]).

¹³⁵ Article 3, § 1, point a), du règlement CRA.

¹³⁶ Les discussions autour de la notation non financière, c'est-à-dire la notation sociale et la notation environnementale, ne seront pas ici concernées.

¹³⁷ La notation dite sauvage, qui a rapport avec les dettes souveraines, ne sera pas ici concernée.

¹³⁸ À l'origine, avant les années 1970, les agences de notations étaient payées par les investisseurs (F. Partnoy, « How and Why Credit Rating Agencies Are Not Like Other Gatekeepers », *Legal Studies Research Papers Series*, mai 2006, Research Paper n° 07-46, University of San Diego, p. 59-102).

indépendante et agir pour informer les potentiels acheteurs de titres de façon fiable, entretient une relation contractuelle étroite avec l'émetteur qui souhaite offrir ses titres¹³⁹. Mais en plus de cela, ces agences avaient un rôle relativement opaque lorsqu'elles notaient les titrisations, du fait qu'elles étaient, d'un côté, chargées de délivrer la note des titres au public et, de l'autre, insérées dans un rôle de conseillers, voire concepteurs, des produits issus de ces opérations¹⁴⁰. Dans ce contexte, pour que les agences de notation puissent accomplir leur rôle primaire de bien informer le marché, il fallait réguler l'activité de notation de crédit.

L'OICV a établi des principes¹⁴¹ pour les agences de notation et leurs régulateurs afin de promouvoir des analyses bien informées et indépendantes. Ces principes répondent à des objectifs principaux : la qualité et l'intégrité du processus de notation (pour émettre des notations permettant de réduire les asymétries d'information dans le marché), l'indépendance des agences et la prévention des conflits d'intérêts, aussi bien que la transparence et la divulgation d'information par ces agences¹⁴².

Dans l'Union européenne, le cadre réglementaire des agences de notation a été introduit en 2009 par le règlement CRA, suivant les recommandations et le Code de conduite de l'OICV¹⁴³. Ce règlement soumet les agences de notation opérant au sein de l'Union européenne à un enregistrement préalable et leur impose des règles relatives aux conflits d'intérêts, à la transparence, à l'émission et à la qualité des notations. Le règlement CRA a été modifié une première fois par le règlement n° 513/2011 du 11 mai 2011 (dit « règlement CRA II »)¹⁴⁴, qui avait pour objectif de centraliser et de simplifier l'enregistrement et la surveillance au niveau européen, en confiant à l'AEMF des pouvoirs exclusifs de surveillance sur les agences de notation enregistrées dans l'Union européenne. Finalement, les modifications faites au

¹³⁹ G. Parléani, « La responsabilité civile des agences de notation », in A. Gourio, J.-J. Daigre (dir.), *Droit bancaire et financier*, Mélanges AEDBF-France VI, RB Éditions, 2013, pp. 555-580. ; J. Hubert, *Les nouveaux défis juridiques de la titrisation aux États-Unis et en Europe*, mémoire, Université Paris 2 Panthéon-Assas, 2014, p. 107-111.

¹⁴⁰ G. Parléani, « La responsabilité civile des agences de notation », in A. Gourio, J.-J. Daigre (dir.), *Droit bancaire et financier*, Mélanges AEDBF-France VI, RB Éditions, 2013, p. 555-580.

¹⁴¹ International organization of securities commissions, « Code of conduct fundamentals for credit rating agencies : final report », mars 2015, disponible en ligne : <https://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD482.pdf> (consulté le [01 décembre 2020]).

¹⁴² De plus, ces principes de l'OICV visent aussi le traitement confidentiel des données communiquées par les émetteurs aux agences de notation.

¹⁴³ Pour l'état du Code de conduite de l'OICV avant l'adoption du règlement CRA, v. International organization of securities commissions, « Code of conduct fundamentals for credit rating agencies », mai 2008, disponible en ligne : <https://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD271.pdf> (consulté le [01 décembre 2020]).

¹⁴⁴ Règlement (UE) n° 513/2011 du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2011 modifiant le règlement (CE) n° 1060/2009 sur les agences de notation de crédit.

règlement CRA par le règlement n° 462/2013 du 21 mai 2013 (dit « règlement CRA III »)¹⁴⁵ essayent de réduire la dépendance excessive des participants du marché vis-à-vis des notations, les risques de conflits d'intérêts et le haut degré de concentration du marché des notations, en plus de préciser le régime de responsabilité des agences de notation¹⁴⁶.

Ainsi, un des objectifs de la régulation consiste à relancer la concurrence dans le marché des notations, du fait que ces agences opèrent traditionnellement sur un marché oligopolistique et que le défaut de concurrence peut entraîner des comportements abusifs sur le marché. Pour atteindre cet objectif, le règlement CRA III a promu la comparabilité des notations émises par des agences distinctes à travers la création d'un indice de notation européen (EURIX)¹⁴⁷. Par ailleurs, d'autres mesures ont été prises pour encourager le recours à des agences de notation de plus petite taille. Par exemple, lorsque plusieurs notations sont recherchées, l'émetteur devrait envisager de faire appel à au moins une agence qui ne détient pas une part de marché supérieure à 10 %¹⁴⁸⁻¹⁴⁹.

Par ailleurs, la régulation de ces agences a encadré le processus de notation et les devoirs des agences qui s'y attachent. Outre les éventuelles conventions établies entre l'émetteur et l'agence de notation – lesquelles l'agence doit aussi respecter¹⁵⁰ –, plusieurs normes obligatoires s'imposent aux agences de notation de crédit. Ces normes d'origine légale peuvent aussi protéger l'émetteur qui a contracté avec l'agence, mais leur but principal correspond à la protection des destinataires finals de la notation, c'est-à-dire, les investisseurs et le marché.

¹⁴⁵ Règlement (UE) n° 462/2013 du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 modifiant le règlement (CE) n° 1060/2009 sur les agences de notation de crédit.

¹⁴⁶ Commission européenne, Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement (CE) n° 1060/2009 sur les agences de notation de crédit, 15 novembre 2011, n° COM (2011) 747 final 2011/0361 (COD), pp. 2-6.

¹⁴⁷ L'article 11 *bis* du règlement CRA impose aux agences de notation de communiquer leurs notations de crédit à l'AEMF, qui assurerait la publication de toutes les notations existant pour un instrument de créance sous la forme d'un indice de notation européen (EURIX) à libre disposition des investisseurs.

¹⁴⁸ Selon le considérant 10 du règlement CRA III et l'article 8 *quinquies* du règlement CRA.

¹⁴⁹ Malgré ces efforts pour relancer la concurrence dans le marché des agences de notation, il continue à être dominé par les trois agences principales au niveau mondial : *Moody's*, *S&P Global Ratings* et *Fitch Ratings*. Il est encore difficile de faire émerger une agence de notation européenne qui puisse rivaliser avec ces grandes agences américaines, la principale agence européenne (*Scope Ratings*) n'ayant qu'une petite part de marché (European association of credit rating agencies, « *Scope Ratings* », disponible en ligne : <http://www.eacra.fr/?q=node/14> (consulté le [01 décembre 2020]) ; L'Echo, « Cette crise met en évidence la nécessité d'une agence de rating européenne », 22 avril 2020, disponible en ligne : <https://www.lecho.be/dossiers/coronavirus/cette-crise-met-en-evidence-la-necessite-d-une-agence-de-rating-europeenne/10222250.html> (consulté le [01 décembre 2020]).

¹⁵⁰ « Réciproquement, la notation suppose une collaboration de l'entreprise notée. Il lui incombe de permettre à l'agence d'accéder à des documents, à des services, et d'offrir aux personnels de l'agence le support d'une équipe dédiée. » (G. Parléani, « La responsabilité civile des agences de notation », in A. Gourio, J.-J. Daigre (dir.), *Droit bancaire et financier*, Mélanges AEDBF-France VI, RB Éditions, 2013, p. 555-580).

De ce fait, dans le processus de notation, les agences doivent respecter leur propre méthode de notation, préalablement définie. C'est une question de loyauté envers le marché : les agences doivent respecter leur propre standard. Comme prévu dans le règlement CRA, la note doit être émise « par application d'un système de classification bien défini et bien établi prévoyant différentes catégories de notation »¹⁵¹. Le règlement CRA III a renforcé les exigences relatives à la publication des méthodes de notation et a instauré une procédure pour leur élaboration et leur approbation, visant à améliorer la transparence et la qualité des notations¹⁵². Sous ces conditions, la méthode et la classification des notes peuvent être librement établies par chaque agence¹⁵³. De plus, une fois qu'une agence a été saisie à fabriquer une note, l'agence doit nécessairement publier cette note¹⁵⁴. Lorsque la note concerne des instruments de titrisation, dans sa communication au public l'agence doit veiller à ce que les catégories de notation qui sont attribuées à ces instruments soient clairement différenciées¹⁵⁵.

En outre, l'indépendance des agences dans le processus de notation est une préoccupation majeure des régulateurs. Les agences de notation sont obligées d'émettre les notes de façon totalement indépendante. L'indépendance est inhérente à la mission des agences et caractérise une condition de leur loyauté envers les investisseurs¹⁵⁶. Le règlement CRA, tel que renforcé par le règlement CRA III, pose un ensemble de règles garantissant que les agences soient indépendantes, notamment en se préoccupant des conflits d'intérêts inhérents à leur modèle de rémunération (modèle d'« émetteur-payeur ») et à la structure de leur actionnariat¹⁵⁷. Parmi ces dispositions, on trouve la règle de rotation pour les agences chargées par un émetteur soit de le noter lui-même, soit de noter ses instruments de créance¹⁵⁸, autant que les règles relatives à la rotation interne des membres du personnel d'une agence¹⁵⁹.

Spécifiquement pour les instruments de titrisation – compte tenu de leur complexité et des problèmes avec leur notation dans le contexte de la crise des *subprimes* –, la préoccupation

¹⁵¹ Article 3, § 1, point a), du règlement CRA.

¹⁵² Commission européenne, Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement (CE) n° 1060/2009 sur les agences de notation de crédit, 15 novembre 2011, n° COM (2011) 747 final 2011/0361 (COD), p. 2-6, 10-11.

¹⁵³ G. Parléani, « La responsabilité civile des agences de notation », in A. Gourio, J.-J. Daigre (dir.), *Droit bancaire et financier*, Mélanges AEDBF-France VI, RB Éditions, 2013, p. 555-580.

¹⁵⁴ Article 10, § 1, du règlement CRA.

¹⁵⁵ Article 10 du règlement CRA.

¹⁵⁶ G. Parléani, « La responsabilité civile des agences de notation », *op.cit.*

¹⁵⁷ Commission européenne, Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement (CE) n° 1060/2009 sur les agences de notation de crédit, 15 novembre 2011, n° COM (2011) 747 final 2011/0361 (COD), p. 9-10.

¹⁵⁸ Article 6 *ter* du règlement CRA.

¹⁵⁹ Article 7, § 4, du règlement CRA.

concernant l'indépendance des agences et la prévention des conflits d'intérêts est spécialement accrue. Pour éviter qu'une agence mélange les rôles de notateur et de concepteur des instruments de titrisation, le règlement CRA détermine que l'agence doit s'assurer que « les analystes de notation ou les personnes qui approuvent les notations n'émettent pas, de manière formelle ou informelle, de propositions ou de recommandations concernant la conception d'instruments de titrisation dont on s'attend à ce qu'ils fassent l'objet d'une notation de crédit »¹⁶⁰ de la part de l'agence. De plus, les agences ont des obligations supplémentaires relatives à la présentation des notations des instruments de titrisation. Ainsi, l'agence doit fournir dans sa notation de crédit « toutes les informations concernant l'analyse des pertes et des flux de trésorerie qu'elle a effectuée ou sur laquelle elle se fonde », aussi bien qu'indiquer « à quel niveau elle a évalué les procédures de saine diligence mises en œuvre à l'échelon des instruments financiers ou autres actifs sous-jacents aux instruments de titrisation »¹⁶¹. Finalement, la réglementation européenne impose aussi que « lorsqu'un émetteur ou un tiers lié entend solliciter la notation de crédit d'un instrument de titrisation, il charge au moins deux agences de notation de crédit d'effectuer, indépendamment l'une de l'autre, des notations de crédit »¹⁶².

Au-delà des mesures de transparence renforcées, pour que les investisseurs puissent être protégés dans les opérations de titrisation, les acteurs de ces opérations doivent être conscients de leurs responsabilités.

1.2. La responsabilisation des acteurs de la titrisation vis-à-vis des investisseurs

Pour rétablir la confiance des investisseurs dans le marché de la titrisation, il est essentiel que les intérêts des différents acteurs de ce marché soient alignés avec ceux des investisseurs, aussi bien que ces acteurs respectent leurs obligations. La « responsabilisation » de ces acteurs – c'est-à-dire, au sens large, générer une prise de conscience de leurs responsabilités¹⁶³ – est un outil important de protection des investisseurs. Il convient de préciser la responsabilisation des initiateurs, sponsors et prêteurs initiaux – laquelle a été introduite grâce à la création de nouvelles obligations pour ces acteurs (1.2.1), avant de s'intéresser à la responsabilisation des

¹⁶⁰ Annexe I, section B, § 5 du règlement CRA.

¹⁶¹ Annexe I, section D, point II, du règlement CRA.

¹⁶² Article 8 *quater* du règlement CRA.

¹⁶³ Le terme « responsabilisation » est ici employé au sens large de « rendre un acteur conscient de ses responsabilités ». Cet objectif peut être atteint, d'un point de vue juridique, par la création de nouvelles obligations ou par la précision des conditions de responsabilité en cas de manquement aux obligations.

agences de notation de crédit – dans la mesure où les conditions de responsabilité de ces agences ont été développées (1.2.2).

1.2.1. La responsabilisation de l’initiateur, du sponsor et du prêteur initial de la titrisation

Pour les économistes, l’aléa moral se traduit par un effet pervers trouvé dans le fait qu’un agent, protégé d’un risque, se comporte différemment quand il est lui-même exposé à ce risque¹⁶⁴. Comme évoqué précédemment¹⁶⁵, l’emploi du modèle « initier pour distribuer » – dans lequel les prêteurs octroyaient des crédits en appliquant des procédures insuffisantes et laxistes, car ils savaient à l’avance que les risques de ces prêts seraient transférés à des tiers par le biais de la titrisation – était au centre des causes de la crise des *subprimes*.

À la suite de la crise, c’est devenu une priorité de garantir que les intérêts de l’initiateur (ou des autres acteurs liés au montage de l’opération de titrisation) soient alignés avec ceux des investisseurs¹⁶⁶. Il est nécessaire de rappeler aux initiateurs l’attention qu’ils doivent porter à leurs débiteurs ou, plus généralement, à leurs actifs à être titrisés. Pour responsabiliser les acteurs à l’origine de la titrisation en rétablissant l’intérêt qu’ils doivent avoir dans les opérations, et ainsi garantir un meilleur alignement des intérêts, les régulateurs se sont tournés vers la technique de la rétention du risque¹⁶⁷. La rétention du risque fait référence à l’intérêt dans l’opération de titrisation que les initiateurs, les sponsors ou les prêteurs initiaux doivent conserver en permanence afin d’éviter qu’ils se déchargent complètement d’actifs à haut risque par le biais de la titrisation.

La Commission européenne, dans la proposition du règlement Titrisation, définit comme l’un des objectifs principaux de ce règlement « gérer le risque systémique en évitant la réapparition des modèles déficients ‘octroi pour cession’ »¹⁶⁸. Le considérant 10 de ce règlement souligne qu’il est « essentiel d’aligner les intérêts des initiateurs, des sponsors, des prêteurs initiaux qui participent à une titrisation et des investisseurs ». Avant la rentrée en vigueur du règlement Titrisation, la rétention du risque était déjà imposée par la réglementation

¹⁶⁴ A. Quiquerez, *Droit et techniques internationales de la titrisation*, Larcier, 2018, § 102.

¹⁶⁵ Voy., Introduction.

¹⁶⁶ International organization of securities commissions, « Global developments in securitisation régulation : Final report », 16 novembre 2012, disponible en ligne : <https://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD394.pdf> (consulté le [01 décembre 2020] 2019). À propos : T. Bonneau, « Titrisation », *Revue de Droit bancaire et financier*, n. 2, mars 2013, comm. 75.

¹⁶⁷ Aussi connue comme la technique du « *skin in the game* ».

¹⁶⁸ Commission européenne, Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil n° COM (2015) 472 final 2015/0226 (COD), *op. cit.*, p. 3.

de chaque secteur¹⁶⁹, mais l'approche indirecte était utilisée : les initiateurs, les sponsors ou les prêteurs initiaux n'étaient pas directement soumis à ces exigences, mais l'investisseur devait vérifier s'ils avaient conservé le risque. La Commission a considéré que cette contrainte représentait une charge pour l'investisseur, qui n'a pas directement accès aux informations nécessaires pour effectuer cette vérification¹⁷⁰. Ainsi, l'article 6 du règlement Titrisation impose à l'initiateur, au sponsor ou au prêteur initial de tous les types de titrisation une obligation directe de rétention du risque, en précisant qu'il suffit qu'un seul de ces acteurs soit soumis à cette exigence pour chaque titrisation¹⁷¹. Des manquements aux exigences relatives à la rétention du risque peuvent entraîner l'application de sanctions administratives et mesures correctives prévues par ce règlement¹⁷². Par ailleurs, le règlement Titrisation n'a pas augmenté, par rapport aux réglementations sectorielles déjà existantes, le montant minimum de l'intérêt économique net significatif à être conservé, qui reste fixé à 5 %¹⁷³.

En outre, le règlement Titrisation vise à empêcher que les opérations soient structurées de manière à éviter l'application de l'exigence de rétention, laquelle devrait s'appliquer dans tous les cas où la substance économique d'une titrisation existe, quels que soient les structures ou les instruments juridiques utilisés¹⁷⁴. Pour ce faire, le règlement Titrisation précise qu'une entité qui aurait été établie pour les seuls besoins de titriser des expositions ne saurait être considérée comme un initiateur éligible à la conservation du risque¹⁷⁵. Néanmoins, ce règlement prévoit des exceptions à cette obligation pour les cas où les expositions titrisées sont pleinement, inconditionnellement et irrévocablement garanties, notamment par des autorités publiques¹⁷⁶.

En renforçant l'alignement des intérêts dans les opérations, le règlement Titrisation prévoit aussi une règle de non-sélection des actifs titrisés : l'initiateur ne doit pas sélectionner des actifs dans le but que les pertes soient plus importantes sur le portefeuille transféré à l'entité de titrisation que celles au titre d'actifs comparables conservés dans le bilan de l'initiateur¹⁷⁷.

¹⁶⁹ Notamment par l'article 405 du règlement CRR, par l'article 17 de la directive AIFM, et par l'article 135 de la directive Solvabilité II.

¹⁷⁰ Commission européenne, Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil n° COM (2015) 472 final 2015/0226 (COD), *op. cit.*, p. 15-16.

¹⁷¹ « En l'absence d'accord entre l'initiateur, le sponsor et le prêteur initial sur celui qui conservera l'intérêt économique net significatif, c'est l'initiateur qui conserve celui-ci » (article 6, § 1, du règlement Titrisation).

¹⁷² Selon l'article 32, § 1°, point a), du règlement Titrisation. Les articles 32 et 33 du règlement Titrisation disposent sur les sanctions administratives et mesures correctives et sur l'exercice du pouvoir de les imposer.

¹⁷³ Article 6, § 1, du règlement Titrisation.

¹⁷⁴ Considérant 10 du règlement Titrisation.

¹⁷⁵ Article 6, § 1, du règlement Titrisation.

¹⁷⁶ Article 6, §§ 5 et 6, du règlement Titrisation.

¹⁷⁷ Article 6, § 2, du règlement Titrisation.

Toutefois, comme précise le considérant 11 du règlement Titrisation, cette obligation ne devrait pas porter atteinte au droit des initiateurs ou des sponsors de sélectionner des actifs plus risqués à être transférés à l'entité de titrisation, pour autant que le profil de risque de crédit plus élevé de ces actifs soit clairement communiqué aux investisseurs ou investisseurs potentiels. Ensuite, l'article 9 du règlement Titrisation explicite que les initiateurs, les sponsors et les prêteurs initiaux doivent appliquer aux crédits à titriser les mêmes critères rigoureux et bien définis relatifs à l'octroi de crédits que ceux qu'ils appliquent aux actifs non titrisés.

Au-delà de ces exigences qui s'appliquent à tous les types de titrisations, le règlement Titrisation impose des obligations additionnelles pour les titrisations STS afin d'éviter la réapparition du modèle « initiateur pour distribuer ». De ce fait, au sein des exigences relatives à la simplicité des titrisations STS¹⁷⁸, il est précisé notamment que les actifs à titriser doivent être initiés dans le cadre normal des activités de l'initiateur ou du prêteur initial, conformément à des normes de souscription qui ne doivent pas être moins strictes que celles que l'acteur concerné applique, au moment de l'initiation, à des actifs similaires qui ne sont pas titrisés.

En plus de ces mesures adoptées pour rendre les initiateurs, sponsors et prêteurs initiaux conscients de leurs responsabilités dans les opérations de titrisation, des réformes ont été apportées à la réglementation des agences de notation de crédit pour les responsabiliser.

1.2.2. La responsabilisation des agences de notation de crédit

Rendre les agences de notation de crédit conscientes de leurs responsabilités peut être fait, en théorie, de deux manières : à travers une responsabilisation spontanée – c'est-à-dire, par l'autorégulation – et à travers d'une responsabilisation imposée – qui implique l'ingérence du régulateur¹⁷⁹.

Avant la crise des *subprimes*, l'autorégulation des agences de notation de crédit était considérée, en général, comme suffisante. Les défenseurs de l'autorégulation croyaient que le principal actif des agences de notation serait leur réputation vis-à-vis les investisseurs. Ainsi, la volonté de maintenir leur réputation serait capable d'inciter les agences à bien noter et

¹⁷⁸ Article 20 du règlement Titrisation. Concernant les titrisations ABCP, des exigences similaires (avec quelques adaptations) sont trouvées à l'article 24 du règlement Titrisation.

¹⁷⁹ J. Hubert, *Les nouveaux défis juridiques de la titrisation aux États-Unis et en Europe*, mémoire, Université Paris 2 Panthéon-Assas, 2014, pp. 106-107 ; J. P. Hunt, « Credit rating agencies and the worldwide credit crisis : the limits of reputation, the insufficiency of reform, and a proposal for improvement », *Columbia Business Law Review*, 2009, n. 1, p. 109-209.

dissuader les mauvaises pratiques en matière de notation¹⁸⁰. Néanmoins, la crise a démontré que ce critère était surestimé.

Suite de la crise, la question de la responsabilité des agences de notation est mise en évidence. En plus de réguler le processus de délivrance de la note, il convient aussi de mettre en place un système de responsabilité de ces agences. Cependant, comme évoquées ci-dessus¹⁸¹, les agences de notation demeurent indispensables pour le marché : il fallait alors équilibrer leur responsabilisation et le maintien de leur activité. Les défis pour mettre en place un système de responsabilité des agences de notation relèvent du fait que ces agences sont considérées comme des donneurs d'opinion et sont ainsi protégées par la liberté d'expression, garantie dans l'Union européenne à travers l'article 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et libertés fondamentales¹⁸². De ce fait, la question de la responsabilité n'est apparue que progressivement dans la législation¹⁸³.

À l'adoption du règlement CRA en 2009, la question de la responsabilité des agences de notation n'y figurait qu'implicitement. Il a fallu attendre le règlement CRA III en 2013 pour définir le régime de responsabilité des agences de notation au niveau européen. Il convient de préciser que comme le règlement CRA ne traitait pas de ce régime, qui ainsi relevait du droit de chacun des États membres, le législateur français avait introduit¹⁸⁴ aux articles L544-5 et L544-6¹⁸⁵ du Code monétaire et financier des précisions sur le régime de responsabilité applicable aux agences. La loi du 10 août 2018¹⁸⁶ a ensuite abrogé ces articles, ce qui permet d'harmoniser le droit interne français avec le régime de responsabilité européen introduit par le règlement CRA III¹⁸⁷.

Les raisons de l'introduction de la responsabilité civile des agences de notation dans l'Union européenne incluent, en plus de la défense de l'intérêt des investisseurs, l'amélioration de la qualité des notations. Selon la Commission européenne, « en matière de protection des

¹⁸⁰ N. Baron, « The role of rating agencies in the securitization process », in L. T. Kendall, M. J. Fishman, (dir.), *A primer on securitization*, Massachusetts institute of technology Press, 1996, p. 82.

¹⁸¹ Voy. *supra*.1.1.2.

¹⁸² Aux États-Unis, les agences bénéficient de la protection du premier amendement de la constitution américaine.

¹⁸³ G. Parléani, « La responsabilité civile des agences de notation », *op. cit.*

¹⁸⁴ À travers de la Loi n° 2010-1249 du 22 octobre 2010 de régulation bancaire et financière.

¹⁸⁵ Il était précisé à l'article L544-5 : (a) que les agences engagent leur responsabilité délictuelle et quasi délictuelle, tant à l'égard de leurs clients que des tiers, des conséquences dommageables des fautes et manquements dans la mise en œuvre des obligations définies par le règlement CRA ; et (b) que les clauses contractuelles soumettant un contrat d'une agence de notation aux juridictions d'un État tiers à l'Union européenne est réputé nul et non écrit. L'article L544-6 prohibait les clauses exclusives de responsabilité, réputées non écrites.

¹⁸⁶ Loi n° 2018-727 du 10 août 2018 pour un État au service d'une société de confiance.

¹⁸⁷ E. Chevrier, J. Lasserre Capdeville, P. Pisoni, M. Storck, *Code monétaire et financier 2019 : annoté et commenté*, Dalloz, 2019, comm. Chapitre IV du titre IV du livre V de la partie législative.

investisseurs, le fait de les doter d'un droit de recours contre les agences de notation devrait fortement inciter celles-ci à se conformer à leurs obligations légales et à veiller à la qualité de leurs notations »¹⁸⁸. La qualité de la notation est essentielle. Comme le précise G. Parléani, « cette exigence de qualité est indissociable du rôle fondamental que s'arrogent les agences de notation : réduire les asymétries d'information sur les marchés, et concourir par cela à leur transparence et à leur fluidité »¹⁸⁹.

Le nouvel article 35 *bis* introduit dans le règlement CRA par le règlement CRA III vise à traduire cette réalité : une agence de notation qui enfreindrait le règlement intentionnellement ou par négligence grave et, ce faisant, porterait préjudice à un investisseur qui se serait fié à une notation qu'elle aurait émise, serait tenue pour responsable, sous réserve que l'infraction en question ait influencé la notation.

Les investisseurs, contrairement aux émetteurs en général, n'entretiennent pas de relation contractuelle avec l'agence de notation. La source de la responsabilité des agences vis-à-vis des investisseurs serait forcément la violation d'une norme obligatoire. En conséquence, la responsabilité est ici délictuelle¹⁹⁰.

Dès lors, afin d'effectuer un recours en responsabilité contre une agence de notation de crédit, les investisseurs devront montrer que : (a) l'agence a commis une infraction énumérée à l'annexe III du règlement CRA ; (b) l'infraction a été commise intentionnellement ou avec négligence grave ; (c) l'infraction a eu un impact sur la notation et causé une perte chez les investisseurs ; et (d) les investisseurs ont raisonnablement compté sur la note pour décider d'investir, de détenir ou de céder un instrument financier noté par l'agence de notation¹⁹¹.

Il faut remarquer qu'il n'y a pas un principe général de responsabilité des agences de notation – comme normalement c'est le cas en droit français. Ainsi, pour engager la responsabilité d'une agence de notation, l'infraction commise par l'agence doit impérativement figurer dans la liste exhaustive trouvée dans l'annexe III du règlement CRA. Dans cette liste

¹⁸⁸ Commission européenne, Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement (CE) n° 1060/2009 sur les agences de notation de crédit, 15 novembre 2011, n° COM (2011) 747 final 2011/0361 (COD), pp. 2-6.

¹⁸⁹ G. Parléani, « La responsabilité civile des agences de notation », *op. cit.*

¹⁹⁰ Il convient de préciser que la responsabilité vis-à-vis des émetteurs pourrait être contractuelle, en cas de non-respect par l'agence de notation d'une norme convenue entre les parties, ou délictuel, en cas de non-respect par l'agence du règlement CRA, dans les conditions posées par celui-ci. À ce propos, v. A.D. Merville, « La responsabilité civile, pénale et administrative des agences de notation », *Revue de Droit bancaire et financier*, n. 3, mai 2013, étude 9.

¹⁹¹ J. Hubert, *Les nouveaux défis juridiques de la titrisation aux États-Unis et en Europe*, mémoire, Université Paris 2 Panthéon-Assas, 2014, p. 130-139.

figure un grand nombre d'infractions faisant référence à des violations du règlement, notamment celles qui portent sur l'organisation de l'agence et sur la délivrance de la note. L'agence commettrait une infraction, par exemple, dans l'hypothèse de ne pas adopter de mesures pour assurer que les notations de crédit se fondent « sur une analyse approfondie de toutes les informations dont elle dispose et qui sont pertinentes pour son analyse en fonction des méthodes de notation applicables »¹⁹², aussi bien que dans le cas de ne pas s'assurer que « les analystes de notation ou les personnes qui approuvent les notations n'émettent pas de propositions ou de recommandations concernant la conception d'instruments de titrisation »¹⁹³.

Si d'une part la responsabilité des agences dans le processus de délivrance de la note est peu contestée, d'autre part la possibilité de responsabiliser les agences dans la détermination de la note pose des questions. Même si les contestations au sujet de la qualité de la note émanent généralement des émetteurs des titres (et non des investisseurs), il est opportun de présenter le précédent connu en droit français au travers de l'affaire LVMH-Morgan Stanley¹⁹⁴. Dans cette affaire, la Cour d'appel de Paris a distingué, dans le cadre de l'exercice de la liberté d'opinion, la simple dévalorisation de l'entreprise causée par une opinion – qui serait possible – du dénigrement injustifié de l'entreprise – qui serait illicite. Ainsi, à condition que l'opinion soit forgée selon des principes de rigueur, d'objectivité, d'impartialité, et de prudence, la liberté d'expression serait garantie et chaque opinion peut différer des autres, même si son exercice engendre la dévalorisation d'une entreprise.

En somme, pour que les agences de notation de crédit puissent bénéficier de la liberté d'expression, sachant qu'elles ont le rôle de contribuer à la satisfaction de l'intérêt général qui se traduit par la transparence du marché, elles doivent garantir que leurs méthodes pour exprimer leurs opinions sont sérieuses et fiables¹⁹⁵.

Finalement, il convient de préciser la mise en œuvre par les investisseurs de la responsabilité civile des agences de notation. Comme évoqué ci-dessus, les investisseurs sont des non-contractants de l'agence de notation, il s'agit donc du terrain de la responsabilité délictuelle. Ainsi, pour la détermination de la loi applicable au litige, selon le règlement du

¹⁹² Annexe III, § I, point 42, du règlement CRA.

¹⁹³ Annexe III, § I, point 24, du règlement CRA.

¹⁹⁴ Cour d'appel de Paris, 15^e chambre, section b, n° 04/06308, 30 juin 2006.

¹⁹⁵ G. Parléani, « La responsabilité civile des agences de notation », *op. cit.*

11 juillet 2007 (dit « règlement Rome II »)¹⁹⁶, la règle générale est que la loi applicable sera celle du pays où le dommage survient¹⁹⁷.

Pour la détermination de la juridiction compétente en matière délictuelle, le lieu où le fait dommageable s'est produit serait responsable pour désigner cette juridiction, en application du règlement du 12 décembre 2012 (dit « règlement Bruxelles I Bis »)¹⁹⁸. De plus, le règlement CRA, tel que modifié par le règlement CRA III, fait porter la charge de la preuve sur les investisseurs, qui doivent ainsi prouver la faute intentionnelle ou la négligence grave de l'agence de notation, ainsi qu'établir le lien de causalité. En effet, l'article 35 bis de ce règlement énonce qu'il « incombe à l'investisseur [...] d'apporter des informations précises et circonstanciées indiquant que l'agence de notation de crédit a commis une infraction au présent règlement, et que cette infraction a eu une incidence sur la notation de crédit émise ». De plus, cet article détermine aussi que c'est la juridiction compétente qui doit apprécier ce caractère précis et circonstancié des informations, à la lumière du fait que les investisseurs « peuvent ne pas avoir accès à des informations qui demeurent purement dans la sphère de l'agence de notation de crédit ». Enfin, par rapport au montant de l'indemnisation, comme le précise G. Parléani, « l'indemnisation des victimes sera accordée sur le fondement de la perte de chance, soit de n'avoir pas pu souscrire à des titres plus profitables, soit d'avoir perdu l'occasion de les revendre au meilleur moment »¹⁹⁹.

En somme, les mécanismes de responsabilisation des acteurs de la titrisation – même si limités²⁰⁰ –, ainsi que les exigences de transparence renforcées, constituent des outils de protection des investisseurs. Ces derniers, néanmoins, ne doivent pas avoir une attitude purement passive. Les outils à leur disposition doivent être utilisés par les investisseurs en vue de réaliser la diligence qui leur est requise.

¹⁹⁶ Article 4, § 1, du règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement Européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles.

¹⁹⁷ À propos de la loi applicable, il faut remarquer que, pour certains, le régime spécial de responsabilité comporterait sa propre règle de conflit de lois. À propos de la perspective du droit français, v. M. Audit, « Aspects internationaux de la responsabilité des agences de notation », *Revue Critique de Droit International Privé*, 2011, n° 3, p. 581 ; F. Denis, « La nouvelle responsabilité civile des agences de notation », *Revue Lamy droit des affaires*, n° 65, 1^{er} novembre 2011 (écrits avant le règlement CRA III et la loi du 10 août 2018).

¹⁹⁸ Article 7, § 2, du 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.

¹⁹⁹ G. Parléani, « La responsabilité civile des agences de notation », *op. cit.*

²⁰⁰ Considérant, spécialement, que les conditions de la responsabilité des agences de notation sont assez strictes (voy., *supra*, 1.2.2).

2. LA DILIGENCE REQUISE DES INVESTISSEURS DANS LA TITRISATION

Si d'un côté la crise des *subprimes* a démontré que les investisseurs dans des positions de titrisations avaient un besoin de protection, de l'autre cette crise a aussi mis en évidence que ces investisseurs devraient assumer un rôle actif et diligent dans leurs décisions d'investissement. Avant de préciser les contours de l'exercice du devoir de diligence imposé aux investisseurs à l'état actuel (2.2), il convient d'examiner la construction de ce devoir (2.1).

2.1. La construction du devoir de diligence des investisseurs

Le devoir de diligence imposé aux investisseurs a évolué et s'est intensifié à la suite de la crise des *subprimes*, en acquérant des contours plus précis avec l'adoption du règlement Titrisation (2.1.1). Ce devoir néanmoins n'est pas imposé de la même manière à tous les types d'investisseurs. Il convient ainsi de préciser quels investisseurs sont concernés par ce devoir de diligence (2.1.2).

2.1.1. L'évolution du devoir de diligence

La crise des *subprimes* a mis en évidence le fait que les investisseurs accordaient une confiance excessive aux tiers – tels que les agences de notation de crédit – et n'avaient pas fait preuve de diligence comme ils auraient dû²⁰¹. D'un côté, comme exposées précédemment, les réactions réglementaires à la suite de la crise se sont focalisées sur les acteurs de la titrisation. D'un autre côté, les investisseurs ont été aussi objet de régulation, de manière à les sensibiliser vis-à-vis des risques et à leur imposer une plus grande diligence dans leur décision d'investissement dans des positions de titrisation.

Le « *Joint Forum* », qui regroupe le Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, l'OICV et l'Association internationale des contrôleurs d'assurance, a recommandé expressément aux autorités d'exiger de la diligence aux investisseurs dans des titrisations, afin de leur permettre une meilleure compréhension des risques posés par les actifs sous-jacents et d'améliorer ainsi leur information, en plus de prendre des mesures pour décourager un excès de confiance aux tiers²⁰². Dans l'Union européenne, des obligations de diligence ont été insérées dans la

²⁰¹ Tel que montré précédemment (v. Introduction, ci-dessus), avant la crise des *subprimes*, les investisseurs n'étaient pas diligents et déposaient une confiance excessive aux tiers (notamment les agences de notation de crédit), en acquérant à grande échelle des titres dont ils n'avaient pas conscience du contenu. Cette absence de diligence des investisseurs aurait ainsi contribué pour la croissance des crédits *subprimes* et pour la propagation de la crise (R. A. Posner, *A failure of capitalism: the crisis of '08 and the descent into depression*, Harvard University Press, 2009, p. 53-59).

²⁰² The Joint Forum (Basel committee on banking supervision, International organization of securities commissions, International association of insurance supervisors), « Report on asset securitisation incentives »,

réglementation de certains secteurs d'investisseurs, notamment dans le règlement CRR²⁰³, le règlement délégué n° 2015/35 du 10 octobre 2014 (dit « règlement délégué Solvabilité II »)²⁰⁴ et le règlement délégué n° 231/2013 du 19 décembre 2012 (dit « règlement délégué AIFM »)²⁰⁵.

L'objectif de réduire la dépendance des investisseurs aux agences de notation de crédit a été adressé au niveau européen par le règlement CRA III. Le nouvel article 5 *bis* inséré dans le règlement CRA impose à certains établissements financiers (les établissements de crédit, les entreprises d'investissement, les entreprises d'assurance, les entreprises de réassurance, les institutions de retraite professionnelle, les sociétés de gestion, les sociétés d'investissement, les gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs et les contreparties centrales) de procéder à leurs propres évaluations des risques de crédit. Ces établissements doivent ainsi éviter de se fier exclusivement ou mécaniquement à des notations externes pour apprécier la qualité de crédit d'une entité ou d'un instrument financier.

En effet, la preuve de l'exercice de la diligence requise est l'une des conditions pour qu'un de ces investisseurs puisse engager la responsabilité civile des agences de notation²⁰⁶. Comme précisé par l'article 35 *bis*, § 1, alinéa 2, du règlement CRA, l'investisseur peut uniquement demander la réparation des préjudices subis à cause d'une notation de crédit s'il « s'est raisonnablement appuyé sur une notation de crédit, conformément à l'article 5 *bis*, paragraphe 1, ou autrement en faisant preuve de toute la diligence requise, pour décider d'investir dans l'instrument financier couvert par cette notation de crédit, de le détenir ou de le céder ». En conséquence, les investisseurs régulés qui n'évaluent pas les risques de leurs investissements de façon indépendante et comptent exclusivement ou mécaniquement sur les notations des agences pourraient avoir des difficultés à faire valoir leur recours en responsabilité.

Dans ce contexte, le règlement Titrisation a régulé le devoir de diligence des investisseurs dans des positions de titrisation. Ainsi, dès lors que les titrisations ne sont pas

juillet 2011, disponible en ligne : <https://www.bis.org/publ/joint26.pdf> (consulté le [01 décembre 2020]. À propos : T. Bonneau, « Titrisation », *Revue de Droit bancaire et financier*, n° 6, novembre 2011, comm. 215.

²⁰³ Article 406.

²⁰⁴ Règlement délégué (UE) n° 2015/35 de la Commission du 10 octobre 2014 complétant la directive 2009/138/CE du Parlement européen et du Conseil sur l'accès aux activités de l'assurance et de la réassurance et leur exercice (solvabilité II), articles 255 et 256.

²⁰⁵ Règlement délégué (UE) n° 231/2013 de la Commission du 19 décembre 2012 complétant la directive 2011/61/UE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne les dérogations, les conditions générales d'exercice, les dépositaires, l'effet de levier, la transparence et la surveillance, articles 51 à 53.

²⁰⁶ À propos de la responsabilité civile des agences de notation de crédit vis-à-vis des investisseurs, voy., *supra* 1.2.2.

toujours les produits financiers les plus simples et les plus transparents et qu'elles peuvent impliquer des risques plus élevés que d'autres instruments financiers, la Commission européenne a considéré qu'une diligence spéciale par rapport aux produits issus des opérations de titrisation est requise²⁰⁷. Le considérant 9 du règlement Titrisation souligne qu'il est :

« essentiel de soumettre les investisseurs institutionnels à des exigences proportionnées en matière de diligence appropriée visant à garantir qu'ils évaluent correctement les risques découlant de tous les types de titrisation, au profit des investisseurs finaux. L'exercice d'une diligence appropriée peut donc aussi renforcer la confiance dans le marché et entre les différents initiateurs, sponsors et investisseurs. ».

Néanmoins, ce devoir de diligence ne serait pas exigé de tous les investisseurs dans une position de titrisation. Il convient ainsi de préciser les destinataires de cette obligation de diligence.

2.1.2. Les investisseurs concernés par le devoir de diligence

Le devoir de diligence ne s'impose qu'aux investisseurs considérés comme institutionnels au sens du règlement Titrisation. Comme cela a été évoqué auparavant, la réglementation qui a été adoptée à la suite de la crise des *subprimes*, avant l'entrée en vigueur du règlement Titrisation, imposait des obligations de diligence à chaque catégorie d'investisseurs concernée par des règles spécifiques. Ces règles sont abrogées et remplacées par un cadre unique trouvé dans le règlement Titrisation, prévoyant pour tous les types d'investisseurs qualifiés comme institutionnels des dispositions uniformisées et simplifiées en matière de diligence. Dès lors, en comparaison avec la réglementation antérieure, de nouveaux types d'investisseurs sont aussi soumis à des règles de diligence, notamment les organismes de placement collectif en valeurs mobilières et les institutions de retraite professionnelle²⁰⁸.

De ce fait, si un investisseur dans une position de titrisation n'est pas considéré comme institutionnel, il ne sera pas tenu de respecter les obligations de diligence imposées par le règlement Titrisation. En effet, en raison de l'ampleur des risques et de la complexité inhérente à la titrisation, ce règlement vise à attribuer une protection accrue des investisseurs de plus petite taille. Le considérant 15 du règlement Titrisation précise que « les instruments de

²⁰⁷ Commission européenne, Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil n° COM (2015) 472 final 2015/0226 (COD), *op. cit.*, p. 15.

²⁰⁸ Commission européenne, Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil n° COM (2015) 472 final 2015/0226 (COD), *op. cit.*, p. 15.

titrisation ne conviennent généralement pas aux clients de détail ». C'est ainsi qu'un principe d'interdiction de la vente d'une position de titrisation à un client de détail a été introduit.

Ce principe connaît néanmoins des exceptions. Si l'ensemble des conditions prévues à l'article 3 du règlement Titrisation sont réunies, la vente d'une position de titrisation à un client de détail peut être autorisée. Ces règles constituent des garde-fous, destinés à s'assurer que le client de détail ne s'expose pas exagérément aux risques de la titrisation²⁰⁹. Ainsi, pour qu'un client de détail puisse acheter une position de titrisation, il doit réussir un test d'adéquation appliqué par le vendeur et inspiré de la directive MIF II. Ce test vise à garantir la protection de l'investisseur en évaluant si l'investissement lui est adéquat et adapté à sa tolérance au risque et à sa capacité à subir des pertes, considérant les connaissances et l'expérience de l'investisseur en matière d'investissement en rapport avec le titre en question, sa situation financière et ses objectifs d'investissement²¹⁰. Le vendeur doit être convaincu, sur la base de ce test, que la position est adéquate pour le client en question, en plus d'être tenu de communiquer immédiatement au client le résultat du test. En outre, lorsque le portefeuille d'instruments financiers d'un client de détail n'excède pas 500 000 euros, le vendeur doit s'assurer, sur la base des informations fournies par le client, que ce dernier n'investit pas dans des positions de titrisation un montant agrégé supérieur à 10 % de ce portefeuille et que le montant minimal initial investi dans une ou plusieurs de ces positions est de 10 000 euros.

Après avoir décrit les investisseurs concernés par ce devoir de diligence, il convient ensuite de préciser l'exercice de leur devoir.

2.2. L'exercice du devoir de diligence par les investisseurs

Le règlement Titrisation impose plusieurs exigences de diligence adéquate aux investisseurs institutionnels. Des diligences doivent être exécutées avant que ces investisseurs détiennent une position de titrisation (2.2.1). Ensuite, le contrôle et le suivi des positions de titrisation détenues par des investisseurs institutionnels doivent être également faits avec diligence (2.2.2).

²⁰⁹ A.-C. Muller, « Règlement (UE) 2017/2402 du 12 décembre 2017 créant un cadre général pour la titrisation, ainsi qu'un cadre spécifique pour les titrisations simples, transparentes et standardisées », *Revue de Droit bancaire et financier*, n° 2, mars 2018, comm. 58.

²¹⁰ Conformément à l'article 25, § 2, de la directive MIF II.

2.2.1. La diligence avant de détenir une position de titrisation

L'article 5 du règlement Titrisation – applicable à tous les types de titrisation – impose des obligations de diligence aux investisseurs institutionnels qui souhaitent investir dans la titrisation. Ces investisseurs sont tenus de vérifier, notamment, que l'initiateur, le sponsor, et le prêteur initial satisfont à leurs obligations définies par ce règlement. L'investisseur institutionnel qui n'aurait pas procédé aux diligences exigées de lui ne pourrait pas mettre en jeu la responsabilité de ces acteurs²¹¹.

Ainsi, avant de détenir une position de titrisation, les investisseurs institutionnels (autre que l'initiateur, le sponsor ou le prêteur initial) doivent vérifier le respect des règles et standards imposés par le règlement Titrisation.

D'abord, ces investisseurs doivent s'assurer que les initiateurs, les sponsors et les entités de titrisation ont mis à disposition auprès des investisseurs l'ensemble des informations requises par le règlement Titrisation²¹², en respectant la fréquence et les modalités prévues²¹³.

Si d'un côté les initiateurs et les prêteurs initiaux sont tenus d'appliquer aux crédits à titriser les mêmes critères rigoureux et bien définis relatifs à l'octroi de crédits que ceux qu'ils appliquent aux actifs non titrisés²¹⁴, d'un autre côté les investisseurs institutionnels doivent vérifier, avant de détenir une position de titrisation, les conditions dans lesquelles les crédits sous-jacents ont été octroyés par les initiateurs et les prêteurs initiaux (que ces derniers soient ou non situés dans l'Union européenne)²¹⁵. Cette obligation de vérification n'est pas applicable aux crédits octroyés par un établissement de crédit ou une entreprise d'investissement²¹⁶, étant donné que les conditions d'octroi de ces crédits font déjà l'objet d'une surveillance générale au titre du régime prudentiel applicable à ces entités²¹⁷. Concernant les opérations ABCP

²¹¹ A.-C. Muller, « Règlement (UE) 2017/2402 du 12 décembre 2017 créant un cadre général pour la titrisation, ainsi qu'un cadre spécifique pour les titrisations simples, transparentes et standardisées », *Revue de Droit bancaire et financier*, mars 2018, n° 2, comm. 58.

²¹² À ce propos, voy. *supra*, 1.1.1.

²¹³ Article 5, § 1, point e), du règlement Titrisation.

²¹⁴ À ce propos, voy. *supra*, 1.2.1.

²¹⁵ Article 5, § 1, points a) et b), du règlement Titrisation.

²¹⁶ Au sens de l'article 4, § 1, points 1) et 2), du règlement CRR.

²¹⁷ G. Benteux, E. Legrand, C. Tachet, « Le nouveau cadre prudentiel de la titrisation au sein de l'Union européenne (commentaires sur le règlement (UE) n° 2017/2402 du 12 décembre 2017) », *Bulletin Joly Bourse*, n° 2, p. 100.

entièrement soutenues²¹⁸, cette exigence doit être observée, non pas par l'investisseur, mais par le sponsor de l'opération en question²¹⁹.

Comme indiqué précédemment²²⁰, avant la rentrée en vigueur du règlement Titrisation, la rétention du risque par les initiateurs, les sponsors ou les prêteurs initiaux était imposée uniquement par l'approche indirecte (dans laquelle il revenait aux investisseurs de vérifier la rétention du risque). Même si ce nouveau règlement a introduit une obligation directe de rétention du risque pesant sur ces acteurs, cela ne signifie pas que l'investisseur ne sera plus soumis à cette approche indirecte. Par conséquent, l'investisseur institutionnel est tenu de vérifier, avant de détenir une position de titrisation, que l'initiateur, le sponsor ou le prêteur initial respecte les obligations de rétention du risque, que ces règles soient celles applicables aux entités établies au sein de l'Union européenne ou des règles équivalentes pour les entités établies dans un pays tiers²²¹.

En outre, les investisseurs institutionnels doivent également procéder, avant de détenir une position de titrisation, à une évaluation des risques encourus²²². Cette évaluation des risques doit considérer, au moins, les caractéristiques de risque de la position de titrisation individuelle et des expositions sous-jacentes, aussi bien que toutes les caractéristiques structurelles de la titrisation susceptibles d'influencer de manière significative la performance de la position de titrisation. Dans le cas des programmes ABCP entièrement soutenus²²³, les investisseurs peuvent se limiter à analyser les caractéristiques du programme en question et de son plein soutien en liquidité.

Les investisseurs institutionnels doivent également exercer la diligence requise et évaluer les risques avant d'investir dans des titrisations STS, même si la responsabilité du contrôle du respect des exigences STS incombe en premier lieu aux initiateurs et aux sponsors.

²¹⁸ L'article 2, point 22), du règlement Titrisation, définit une opération ABCP entièrement soutenue comme « une opération ABCP soutenue par une facilité de trésorerie, au niveau de l'opération ou du programme ABCP, couvrant au moins l'ensemble des éléments suivants: a) tous les risques de liquidité et de crédit de l'opération ABCP; b) tout risque important de dilution des expositions titrisées dans l'opération ABCP; c) tout autre coût au niveau de l'opération ABCP ou du programme ABCP si ces coûts sont nécessaires pour garantir à l'investisseur le paiement intégral de tout montant au titre de l'ABCP ».

²¹⁹ Article 5, § 2, du règlement Titrisation.

²²⁰ À ce propos, voy. *supra*, 1.2.1.

²²¹ Article 5, § 1, points c) et d), du règlement Titrisation.

²²² Article 5, § 3, du règlement Titrisation.

²²³ L'article 2, point 21), du règlement Titrisation, définit un programme ABCP entièrement soutenu comme « un programme ABCP que son sponsor soutient directement et pleinement en fournissant à la SSPE ou aux SSPE une ou plusieurs facilités de trésorerie couvrant au moins l'ensemble des éléments suivants: a) tous les risques de liquidité et de crédit du programme ABCP; b) tout risque important de dilution des expositions titrisées; c) tout autre coût au niveau de l'opération ABCP ou du programme ABCP si ces coûts sont nécessaires pour garantir à l'investisseur le paiement intégral de tout montant au titre de l'ABCP ».

Comme déjà évoquées, les exigences STS ne sont pas un indicateur des caractéristiques de risque de la titrisation ou des actifs sous-jacents. L'apposition du label « STS » à un titre ne signifie pas que l'investissement dans ce titre sera approprié à un investisseur. C'est en fait possible que certaines titrisations autres que STS puissent être constituées d'expositions sous-jacentes aux caractéristiques de qualité de crédit plus adéquates à cet investisseur. Les investisseurs peuvent toujours avoir recours à des montages plus complexes selon leur appétit pour le risque, la différence étant dans le niveau de diligence requise et dans le traitement prudentiel donné à l'investissement²²⁴. De ce fait, même pour les titrisations STS, les investisseurs conservent la responsabilité d'évaluer les risques inhérents à leur exposition aux positions de titrisation et de vérifier si la titrisation est appropriée et adaptée à leurs besoins²²⁵.

La préoccupation concernant la dépendance excessive des investisseurs aux tiers est aussi adressée par le règlement Titrisation. Ainsi, pour vérifier si une titrisation correspond aux critères STS, ce règlement permet aux investisseurs institutionnels de s'appuyer sur la notification STS et les informations communiquées par l'initiateur, le sponsor et l'entité de titrisation dès qu'ils le font de manière appropriée : ils ne doivent pas s'appuyer exclusivement et mécaniquement sur une telle notification et de telles informations²²⁶ (dans un semblable parallèle avec la régulation concernant les agences de notation de crédit²²⁷). De plus, si d'un côté le règlement Titrisation autorise la participation d'un tiers pour aider à vérifier la conformité d'une titrisation avec les exigences STS, d'autre côté ce règlement explicite que le recours à un tel service n'affecte pas les obligations de diligence imposées aux investisseurs institutionnels²²⁸⁻²²⁹.

Après avoir identifié quelles sont les exigences de diligence imposées par le règlement Titrisation aux investisseurs institutionnels avant de détenir une position de titrisation, il convient d'examiner la diligence requise dans le contrôle et le suivi des positions de titrisation.

²²⁴ À propos du traitement prudentiel plus favorable aux titrisations STS, v. Introduction, ci-dessus.

²²⁵ Commission européenne, Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil n° Com (2015) 472 final 2015/0226 (COD), *op. cit.*, pp. 4-15.

²²⁶ Considérants 9 et 33 et article 3, § 3, point c), du règlement Titrisation.

²²⁷ À ce propos, voy. *supra*, 2.1.1.

²²⁸ Article 27, § 2, du règlement Titrisation.

²²⁹ Même si en pratique les investisseurs auront une motivation plus faible pour exercer leur diligence par rapport aux titres avec le label STS, le règlement Titrisation est clair que les obligations de diligence s'imposent également dans ce cas.

2.2.2. La diligence dans le contrôle et le suivi des positions de titrisation

Après avoir investi dans une position de titrisation, les investisseurs institutionnels doivent également être diligents dans le contrôle et le suivi des positions de titrisation qu'ils détiennent, conformément les mesures prévues l'article 5, § 4, du règlement Titrisation. Cela dit, la mise en œuvre de ces diligences doit être proportionnée aux risques encourus et à l'importance de l'investissement au regard des particularités de chaque investisseur.

L'investisseur institutionnel est astreint à documenter le contrôle du respect de ses obligations de diligence et le suivi des positions de titrisation qu'il détient²³⁰. Pour ce faire, l'investisseur doit établir des procédures écrites adaptées à l'investissement en question et à ses besoins²³¹. Ces procédures doivent ainsi être proportionnées au profil de risque de la position de titrisation et au portefeuille d'investissement de l'investisseur concerné. Le règlement Titrisation pose des exigences à ces procédures écrites toujours en suivant une idée de proportionnalité. Il prévoit ainsi que les procédures doivent inclure des critères supplémentaires « lorsque la titrisation et les expositions sous-jacentes *le justifient* »²³², telles qu'un contrôle portant sur le type d'exposition, les taux de défaut ou les taux de remboursement anticipé.

De plus, le règlement Titrisation considère aussi les moyens à disposition des investisseurs institutionnels pour mettre en œuvre leurs obligations de diligence. Chaque investisseur doit procéder régulièrement à des tests de résistance sur les flux de trésorerie et la valeur des sûretés garantissant les expositions sous-jacentes *dès qu'il dispose des données suffisantes*. En absence de ces données, il peut procéder à des tests de résistance sur les pertes anticipées, toujours en considérant « la nature, la taille et la complexité du risque de la position de titrisation »²³³. Dans le cadre des programmes ABCP entièrement soutenus, il suffit de procéder à des tests de résistance sur la solvabilité et la liquidité du sponsor²³⁴.

Ensuite, dans une optique de gestion des risques, les investisseurs doivent assurer la présentation de rapports internes destinés à son organe de direction, de façon à ce que cet organe puisse connaître les risques liés à l'investissement et que ces risques soient gérés de manière adéquate²³⁵.

²³⁰ Benteux, E. Legrand, C. Tachet, « Le nouveau cadre prudentiel de la titrisation au sein de l'Union européenne (commentaires sur le règlement (UE) n° 2017/2402 du 12 décembre 2017) », *Bulletin Joly Bourse*, n° 2, p. 100.

²³¹ Article 5, § 4, point a), du règlement Titrisation.

²³² *Idem*.

²³³ Article 5, § 4, point b), du règlement Titrisation.

²³⁴ Article 5, § 4, point c), du règlement Titrisation.

²³⁵ Article 5, § 4, point d), du règlement Titrisation.

Finalement, les investisseurs institutionnels doivent être en mesure de démontrer aux autorités compétentes qu'ils ont une connaissance complète et approfondie des positions de titrisation en question et de ses expositions sous-jacentes²³⁶ (ou, dans le cas des programmes ABCP entièrement soutenus, de la qualité de crédit du sponsor et des termes de la facilité de trésorerie accordée²³⁷). Ces investisseurs doivent pouvoir démontrer qu'ils ont mis en œuvre les politiques et procédures écrites pour gérer les risques de la position de titrisation, aussi bien que pour garder une trace des vérifications et des obligations de diligence appropriée exigées par le règlement Titrisation.

CONCLUSION

Les investisseurs sont essentiels au financement et à la croissance de l'économie, leur protection étant au centre des préoccupations de la régulation financière. Dans les opérations de titrisation, la protection des investisseurs mérite une attention particulière. Si d'une part la crise de *subprimes* n'a pas remis en cause le mécanisme de titrisation en lui-même, mais son utilisation abusive, d'autre part cette crise a appelé à une plus forte régulation de la titrisation.

Parmi les objectifs de la régulation de la titrisation faisant suite à la crise et menant à l'adoption du règlement Titrisation, se trouve la protection des investisseurs. Il est essentiel de mettre à leur disposition des outils de protection. Ces outils bénéficient à tous les types d'investisseurs dans des positions de titrisation, avec notamment une protection accrue pour les petits investisseurs. Les investisseurs qualifiés comme institutionnels, néanmoins, possèdent aussi des obligations. Les mécanismes de protection doivent être utilisés par ces investisseurs en vue de réaliser la diligence qui leur est requise avant de prendre une décision d'investissement et dans le contrôle et le suivi de l'investissement.

Ces investisseurs institutionnels ont normalement une importance au niveau de l'ensemble du système financier, leur défaillance pouvant entraîner des risques systémiques. En outre, ces investisseurs peuvent ne pas être les investisseurs finaux – comme c'est le cas des institutions de retraite professionnelle. Il est ainsi essentiel de les sensibiliser aux risques impliqués dans l'investissement dans des positions de titrisation et de leur imposer une conduite active et diligente.

De plus, l'exercice du devoir de diligence imposé aux investisseurs institutionnels pourrait aussi contribuer au bon fonctionnement du marché de la titrisation dans son ensemble.

²³⁶ Article 5, § 4, point e), du règlement Titrisation.

²³⁷ Article 5, § 4, point f), du règlement Titrisation.

L'investisseur institutionnel qui n'aurait pas respecté son devoir de diligence ne pourrait pas mettre en jeu la responsabilité des acteurs des opérations de titrisation, en incluant les agences de notation de crédit. Le régulateur se sert alors des investisseurs institutionnels comme des régulateurs supplémentaires, voire comme un contre-pouvoir à la puissance de ces acteurs. Le devoir de diligence se traduit ainsi comme un moyen complémentaire d'assainir le marché de la titrisation en faisant appel à la vigilance des investisseurs.

LE DROIT DE DISSOLUTION SOUS LA VEME REPUBLIQUE : ESSAI D'ANALYSE D'UNE TOMBEE EN
DESUETUDE.

Victor-Ulysse Sultra*

Table of content/Table des matières

| | |
|--|------------|
| INTRODUCTION..... | 153 |
| 1. UN EQUILIBRE COMPLEXE ENTRE RESPONSABILITE, LEGITIMITE ET POUVOIRS : LE REGIME EXORBITANT DU PARLEMENTARISME CLASSIQUE. | 162 |
| 1.1. UNE JUSTIFICATION TRADITIONNELLE ORLEANISTE : UN POUVOIR LEGITIME, MAIS IRRESPONSABLE. | 162 |
| 1.2. DES JUSTIFICATIONS ABERRANTES, MINEES PAR LE REGIME, N'AYANT PAS RESISTE A L'EPREUVE DU TEMPS. | 164 |
| 1.2.1. <i>Une dissolution présidentielle pour rationaliser un Parlement indiscipliné ?</i> | 164 |
| 1.2.2. <i>Une dissolution présidentielle pour résoudre les conflits institutionnels ?</i> | 165 |
| 2. UNE PRATIQUE DE DISSOLUTION DIFFICILEMENT SYSTEMATISABLE : PREROGATIVE D'ARBITRE OU DE CHEF DE LA MAJORITE ?..... | 166 |
| 2.1. LE PRESIDENT, ARBITRE INSTITUTIONNALISE OU ACTEUR POLITIQUE CHEF DE LA MAJORITE : LE MALAISE JURIDIQUE DU FAIT MAJORITAIRE. | 167 |
| 2.1.1. <i>Un droit de dissolution fortement connoté par la pratique présidentielle</i> | 167 |
| 2.1.2. <i>Une pratique présidentielle puissamment renforcée par le droit de dissolution.</i> | 169 |
| 2.2. SYSTEMATISER L'EXERCICE DE LA DISSOLUTION : QUEL EXERCICE POUR QUEL ACTEUR ET QUEL CONTEXTE ? | 169 |
| 2.2.1. <i>Les dissolutions neutres politiquement — la figure de l'arbitre.</i> | 171 |
| 2.2.1.1. Une dissolution strictement encadrée — la figure du juge-arbitre..... | 171 |
| 2.2.1.2. Une dissolution discrétionnaire — la figure du « bon père de famille » | 171 |
| 2.2.2. <i>Les dissolutions politiquement intéressées — la figure de l'acteur.</i> | 172 |
| 2.2.2.1. Les dissolutions aux messages politiques forts — la figure du Peuple soutien du Gouvernement. | 172 |
| 2.2.2.2. La dissolution politiquement faible — la figure du tacticien..... | 173 |
| CONCLUSION..... | 174 |

* Doctorant en droit public, Institut de Recherche juridique de la Sorbonne, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne.

Abstract

Believed to be one of the key features of the parliamentary system, dissolution seems to be the shadow of its former self under the French Fifth Republic. This paper endeavours to explain the causes and mechanism of this interest loss. Often reduced to the « inversion of the calendar » — namely the concurrence of the President's and MPs' term —, this paper argues, on the contrary, that this explanation fails to account for a number of relevant and significant facts, amongst which that the United Kingdom, Germany, and all parliamentary regimes, possess such feature without for all that dissolution being doomed. Moreover this explanation derives from a very French-minded prejudice : the President's role theorisation. Hence, this paper, tries to rather look for the causes leading to such analyses. Finally, the role of the French President questioned and put back into perspective, will allow for a broader and new systematisation of the dissolution's use, following different pure types of the dissolving authority.

Résumé

Symbole cardinal de l'histoire mouvementée du parlementarisme moderne, le droit de dissolution semble être aujourd'hui réduit à peau de chagrin en France. Ce travail entend examiner les raisons tenant tant au régime qu'au système constitutionnel français, qui permettent d'expliquer la déperdition d'intérêt pour un tel mécanisme. Alors que l'alignement du mandat du Président de la République sur celui des députés est souvent avancé pour expliquer cette perte d'intérêt pour la dissolution parlementaire en France, nous entendons ici mettre de côté une telle explication pour en chercher d'autres. En effet, cette lecture étonnamment restrictive trouve ses sources dans un inconscient bien français qui concerne, sujet aujourd'hui classique cependant, la place du Président de la République. Nous proposons ainsi de plutôt chercher les causes qui nous conduisent à de telles analyses. Enfin, la remise en question et la perspective critique sur cette place occupée par le Président aujourd'hui, en somme la figure qu'il présente, nous permettra en retour de systématiser cet usage selon des idéaux types de l'autorité qui dissout, selon un schéma encore inédit.

INTRODUCTION¹

Symbole cardinal de l'histoire mouvementée du parlementarisme moderne, le droit de dissolution semble être aujourd'hui en France cette peau de chagrin comme le recours pour excès de pouvoir que se plaisait à peindre Hauriou :

« Nous l'admirons encore de confiance, mais il est comme cette étoile temporaire des Gémeaux, que nous voyons dans le ciel, et dont l'exaltation lumineuse a peut-être disparu depuis des centaines d'années tellement elle est loin de nous. Nous l'admirons encore, et il n'est déjà plus, ou du moins, il n'est plus qu'une pièce de musée, un objet d'art délicat, une merveille de l'archéologie juridique »².

Nous entendons dans ce travail nous pencher sur les raisons tenant tant au régime qu'au système constitutionnels français qui permettent d'expliquer la déperdition d'intérêt pour un tel mécanisme.

Bien souvent la dissolution est présentée comme cette « arme » politique, cette reine du jeu d'échecs politique, par laquelle l'exécutif démet de leur pouvoir les parlementaires et organise de nouvelles élections. Cependant c'est une vision très moraliste du jeu politique et utilise une conception et un usage particuliers de la dissolution ; on dira plutôt que le droit de dissolution est la prérogative juridiquement garantie de faire avancer exceptionnellement le terme légal d'une législature pour procéder au renouvellement anticipé d'une (ou des deux) chambre(s) du Parlement, au moins et généralement la chambre basse. Ce droit peut être encadré, ou pas ; il est généralement à la disposition du chef du Gouvernement, ou dans de rares cas du chef de l'État. Les régimes juridiques du droit de dissolution sont ainsi très variables.

Plus précisément, d'un côté, en France, la Constitution dispose à l'article 12 que la prérogative de dissoudre l'Assemblée nationale est propre au Président de la République, qui en use *souverainement*, aux seules conditions formelles d'avoir entendu l'avis, écrit ou oral, du Premier ministre et des deux présidents de chambres ; et matérielles de n'être pas Président par suppléance, de n'avoir pas déclenché les pouvoirs de l'article 16 et de n'avoir pas dissout l'Assemblée moins d'un an avant.

¹ Nous tenons ici à remercier la Professeure Marie-Anne Cohendet pour son soutien dans la rédaction du cœur de ce travail. Nous tenons aussi à remercier bien sincèrement l'équipe de la RJES ainsi que les lecteurs du comité de lecture de la revue qui par leurs critiques et remarques pertinentes nous ont permis de progresser encore et d'améliorer ce travail. Nous remercions enfin toutes les bonnes âmes qui auront bien voulu relire ce modeste travail pour nous permettre de produire une réflexion plus claire encore.

² Note sous CE, 29 novembre 1912, *Boussuge*, Rec. Sirey, 1914.3.33.

D'un autre côté, le droit allemand dispose de deux mécanismes de dissolution du *Bundestag* (la chambre basse du Parlement allemand) : le premier pouvoir est du seul *Bundespräsident*, le Président de la République fédérale (art. 63/4 de la *Grundgesetz*, ci-après abrégé en GG) et l'autre du *Bundeskanzler*, le Chancelier de la République fédérale, chef du Gouvernement, (art. 68/1 GG). Le premier résulte du dispositif de rationalisation du Parlement. En effet l'article 63/4 de la *Grundgesetz* dispose que le *Bundespräsident* doit dissoudre le *Bundestag* (la chambre basse) si le poste de *Kanzler* est vacant et que le Parlement n'arrive pas à en désigner un nouveau. Le second est celui qui résulte de l'article 68/1 de la *Grundgesetz* qui permet la « dissolution de conflit »³ par le chef du Gouvernement, qui, après un vote de *défiance* par la chambre basse, peut demander au *Bundespräsident* de dissoudre le *Bundestag*. Mais cette fonction de « résolution des crises institutionnelles » a été détournée⁴ en 1972, par Willy Brandt, et en 1982 par Helmut Kohl, qui ont demandé un vote de défiance à leur propre majorité pour pouvoir bénéficier de circonstances politiques plus favorables à leur réélection. Cette pratique du droit de dissolution est déjà beaucoup plus proche de celle, très classique, du parlementarisme à l'anglaise : la dissolution de confort.

Enfin, le régime du droit de dissolution au Royaume-Uni est complexe, mais une loi de 2011 (*Fixed-Term Parliaments Act*) est venue restreindre et formaliser la coutume constitutionnelle. En effet sous son empire, le droit de dissolution appartient au Premier ministre qui ne peut en faire usage qu'après un vote de défiance ou après avoir réuni l'assentiment des 2/3 des Communes (cas de 2017 et de 2019). Avant cela, c'était une *Royal prerogative* dont la responsabilité était endossée par le Premier ministre, qui après un vote de défiance pouvait demander la dissolution de la Chambre au Souverain, qui y était tenu sauf à appliquer les *Lascelles Principles*⁵.

Les statistiques historiques sont instructives pour voir la déperdition d'intérêt pour la dissolution que l'on peut constater en France : depuis vingt ans, cet outil n'a pas été utilisé une seule fois, là où, les vingt années précédentes il en avait été fait trois fois usage (1981, 1988, 1997), et les vingt précédentes deux fois (1962, 1968). Depuis 1958, les Communes anglaises

³ Dite encore « Victorienne », ou de combat.

⁴ Voy., en ce sens : *Bundesverfassungsgericht*, 16 février 1983, tome 62, 2 BvE 1/83, qui encadre cette pratique.

⁵ Cette doctrine, publiée dans des colonnes du *Times*, le 2 mai 1950 sous le pseudonyme de *Senex*, était le fait de Sir Alan Lascelles, alors secrétaire privé du Roi Georges VI. Elle dispose que le Roi ne pouvait refuser la dissolution que si trois conditions étaient cumulativement réunies : 1) le Parlement est vivant 2) les élections seraient nuisibles à l'économie et 3) un autre Premier ministre peut être trouvé dans le Parlement actuel.

ont été onze fois dissoutes (1959, 1966, 1970, 1974, 1974 bis, 1983, 1987, 2001, 2005, 2017 et 2019), et le *Bundestag* allemand trois fois (1972, 1982 et 2005).

On avance souvent l’alignement du mandat du Président de la République sur celui des députés pour expliquer cette perte d’intérêt pour la dissolution parlementaire en France. Nous entendons ici mettre de côté une telle explication pour en chercher d’autres, pour plusieurs raisons. Tout d’abord elle est très classique et relativement univoque : on n’invoque que cet unique facteur pour expliquer cette désuétude. Et c’est ainsi qu’à cet égard, elle nous semble insatisfaisante pour deux raisons. D’un côté, dans tous les régimes parlementaires classiques les deux organes sont élus ou nommés peu ou prou pour la même durée et aux mêmes dates. C’est le cas en Allemagne ou en Angleterre par exemple, et cela n’empêche ni ne condamne la possibilité effective d’une dissolution. Une telle lecture du droit de dissolution méconnaît ainsi la possibilité d’un désaccord pendant le mandat entre le Gouvernement, ou le Président et le Parlement, comme ce fut le cas en 1962 en France. Et d’un autre côté, il ne peut y avoir un lien de *cause à effet* entre les normes (le devoir-être,) et la réalité telle qu’elle existe (l’être)⁶. Ce n’est pas parce que les mandats sont alignés par le droit que *nécessairement* une cohérence politique entre les deux va émerger, qui à son tour expliquerait la tombée en désuétude du droit de dissolution. À ce titre, l’histoire américaine fournit de nombreux exemples où un Président élu en même temps que les députés et sénateurs, se retrouve avec des assemblées opposées à lui. C’est le cas de la réélection du Président républicain Eisenhower en 1956 qui se retrouve face à une Chambre et un Sénat démocrates, idem pour l’élection de Nixon en 1968 et celle de Bush père en 1988, et inversement pour le Président démocrate Bill Clinton qui se retrouve face aux deux assemblées républicaines lors de sa réélection en 1996. Leurs mandats sont pourtant, à ce moment-là, alignés, mais aucune relation de cause à effet entre l’élection de l’un et la couleur politique des autres n’est observable.

Ainsi, en expliquant la tombée en désuétude du droit de dissolution par l’alignement des mandats, on commet plusieurs erreurs : la première est de considérer que le droit de dissolution n’est utilisable qu’à des fins de conforter ou d’installer une majorité (1981-1988-1997), et qu’il ne peut servir pour autre chose (oubli donc de l’exemple de 1962). Et c’est ainsi que, cet outil ne servant qu’à fabriquer une majorité, une fois cet objectif atteint par d’autres moyens (supposément l’alignement des mandats) il n’aurait plus d’utilité — dans cette vision du moins.

⁶ On pourra se référer au très classique texte de Kelsen à ce sujet cf. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. C. Eisenmann, Paris, Bruylant-LGDJ, 1999, pp. 86-100, particulièrement p. 86-87, 90. Cela n’empêche pas de pouvoir observer un effet fortement incitatif du droit, jusqu’à même pouvoir, par erreur, le confondre avec une causalité.

Ce point de vue est ainsi scientifiquement très contestable parce qu'il confond l'outil (la dissolution) et un de ses usages (constituer une majorité), en excluant de fait les autres (résoudre une crise, plébiscite...).

En outre cette vision détermine *a priori* que le cas de la dissolution de conflits est impossible, à cause de l'alignement. Or, aujourd'hui même en France, une motion de censure n'est pas chose impensable à l'Assemblée nationale, où la majorité affiliée « La République en marche » se délite un peu plus jour après jour. On peut, pour étayer ces possibilités factuelles, s'appuyer le cas complexe de la fin de mandat de Margaret Thatcher en 1990, partiellement mise en minorité dans son propre parti, qui a provoqué sa démission. En effet, lors d'un vote interne pour la présidence du parti conservateur au Parlement, elle n'a obtenu que 204 voix sur les 376 qui composaient sa majorité, loin des 326 nécessaires à toute majorité⁷. Le changement d'alignement entre le Parlement et le Gouvernement est ainsi tout à fait possible, et par là, la dissolution n'est pas *a priori* à exclure.

Au fond, cette analyse repose pour le cas français, en dernier ressort sur l'existence du fait majoritaire, à savoir l'alignement d'une majorité stable et disciplinée derrière un Premier ministre qui décide, lui, de céder le pas sur la fonction présidentielle. Or tous ces éléments sont de nature purement factuelle, accidentelle et historique, qui n'empêche ainsi pas, *en droit*, leur changement : la majorité peut cesser d'être disciplinée, le Premier ministre peut décider de clamer le pouvoir pour lui — d'appliquer la Constitution en somme... On voit ainsi que cette analyse ne se fonde pas sur des éléments de l'ordre du droit, mais de purs faits, changeants : Emmanuel Macron peut décider à tout moment de dissoudre l'Assemblée nationale et aucun pouvoir ni organe ne pourrait juridiquement s'y opposer. Le fait majoritaire peut disparaître comme il est apparu, mais le droit de dissolution restera.

Pour finir sur ce point, l'élément décisif d'un point de vue fondamental, c'est que cette lecture étonnamment restrictive trouve ses sources dans un inconscient bien français qui concerne, sujet aujourd'hui classique cependant, la place du Président de la République. Nous proposons ainsi de plutôt chercher les *causes* qui nous conduisent à de telles analyses : en somme pourquoi *voyons-nous* cette dissolution comme impossible ?

Enfin, une telle perte d'intérêt aurait aussi pu s'expliquer par l'histoire constitutionnelle française : l'arme de la dissolution, honnie, est souvent présentée comme ce symbole de

⁷ A. Williams, *UK Government and politics*, Oxford, Heinmann, 1998, p. 66.

l'arbitraire monarchique ; et non sans raison, car le régime actuel de la V^{ème} se souvient des errements de Charles X en intégrant l'adage « dissolution sur dissolution ne vaut » qui introduisait un délai d'un an entre deux dissolutions, faisant ainsi référence aux deux dissolutions successives et traumatiques décidées par Charles X respectivement les 16 mai et 26 Juillet 1830. C'est l'expérience douloureuse de l'autre abus historique de ce droit, par MacMahon, le 25 Juin 1877 (crise dite du 16 mai) qui a fini par neutraliser le pouvoir de dissolution dans l'histoire du parlementarisme français, le Président de la République lui succédant, Jules Grévy, ayant renoncé à l'exercer.

Mais ce n'est pas le cas : la V^{ème} République a bien connu des épisodes de dissolution et en a fait un usage sinon normal, du moins utile. La dissolution du Législatif par l'Exécutif étant un élément essentiel à l'équilibre de tout régime parlementaire, particulièrement au sortir de la IV^e République, on peut s'étonner de sa tombée en désuétude et de la mince perspective de retour sur le devant de la scène qui s'offre à lui pour les prochaines années.

Ce qui rend ces questions particulièrement importantes, c'est que le droit de dissolution est central dans l'analyse de la V^{ème} République. Lors des ébauches de sa rédaction, Roger Pinto déclare le fait de donner la dissolution comme pouvoir propre au Président « contraire à tous les précédents fournis par les régimes parlementaires », ce qui « détruit le caractère parlementaire du régime »⁸. La définition et la nature de la V^{ème} seraient ainsi en jeu dans la dissolution. Or, on entend traditionnellement la V^{ème} République comme le régime politique de la France organisé par sa Constitution, adoptée le 4 octobre 1958, telle qu'elle résulte de ses 24 révisions. La V^{ème} République est un régime *parlementaire* : le Gouvernement (l'Exécutif) est *lié*, tant pour sa *légitimité* (le fait que son pouvoir émane d'une décision du peuple — l'élection des députés) que pour sa *responsabilité* (le fait que son mandat puisse être écourté pour des raisons purement politiques) au Parlement (le Législatif). Il est responsable devant le Parlement : ce dernier peut le démettre (motion de censure de l'article 49 al. 2 de la Constitution) entraînant sa démission automatique (article 50 de la Constitution). Il tire sa légitimité démocratique du Parlement puisque c'est ce dernier qui le met en place par la motion de confiance indispensable à tout Gouvernement (art. 49 al. 1 de la Constitution). Cependant c'est un parlementarisme rationalisé : le Gouvernement dispose de larges pouvoirs pour contraindre le Parlement (comme le vote *forcé* des lois de l'article 49 al. 3 de la Constitution, contraignant le Parlement à, soit adopter le texte tel quel, soit à censurer le Gouvernement ; ou

⁸ Disponible en ligne : https://www.lemonde.fr/archives/article/1958/08/20/m-roger-pinto-l-absence-de-contreseing-pour-la-dissolution-est-extremement-grave_2301236_1819218.html, consulté le 10 octobre 2020.

le contrôle de l'ordre du jour de l'article 48 de la Constitution, ou encore le vote bloqué de l'article 44 al. 3 de la Constitution) et limiter l'instabilité gouvernementale (la motion de censure doit recueillir une majorité absolue des membres de l'Assemblée).

Cependant la V^{ème} République évolue dans un système — c'est-à-dire une pratique — *présidentialiste* où, *de fait et contre le droit*, le Président de la République a une fonction prépondérante dans la vie politique : il est le chef de la majorité *de fait* et la seule source de responsabilité *réelle* du Gouvernement⁹. Cependant il faut noter que le Président de la République étant *irresponsable* à l'occasion de son mandat tant civilement, pénalement (art. 67 de la Constitution), que *politiquement* (pas de mécanisme ordinaire de mise en jeu de sa responsabilité politique, uniquement le déclenchement de la procédure de la Haute-Cour qui ne concerne pas les actions faites dans le cadre de ses fonctions...), ses pouvoirs très étendus posent problème dans une démocratie où tout pouvoir doit être *contrôlable*, ou *limité*¹⁰.

C'est ce que la Professeure Marie-Anne Cohendet appelle l'équilibre légitimité-responsabilité-pouvoirs¹¹. S'inspirant notamment des travaux de Léon Duguit¹², elle propose de comprendre que la théorie classique de la démocratie veut que le pouvoir ne soit donné qu'à des organes légitimes et responsables, et *vice-versa* qu'un organe légitime et responsable soit puissant. Elle entend par légitimité et responsabilité deux choses très précises et loin des débats métaphysiques auxquels ils peuvent conduire. Pour notre propos, nous en reprendrons les définitions et entendrons par légitimité démocratique le fait qu'un organe ou une décision soit imputable au Peuple. Cette imputation peut être directe, dans ce cas c'est le Peuple directement qui décide (par le référendum ou les élections directes), ou indirecte et dans ce cas ce sont les représentants eux-mêmes élus par le Peuple qui décident (par exemple la loi parlementaire ou la décision du Président de dissoudre l'Assemblée). La légitimité ainsi entendue est une condition démocratique largement admise par toute la doctrine constitutionnelle.

⁹ C'est-à-dire que les seuls désaveux véritables qu'un Gouvernement peut recevoir ne viennent pas du Parlement, mais du Président. On trouve des exemples clairs de cette responsabilité dans les remaniements ministériels ainsi que la fonction dite de « fusible » du Premier ministre à travers laquelle le Président pour se sauver face à l'insatisfaction populaire marque son mécontentement en son Premier ministre et le congédie (on parlerait d'ailleurs plus adéquatement de paratonnerre).

¹⁰ Nous excluons ici la responsabilité pénale internationale qui pourrait résulter d'une mise en accusation devant la Cour Pénale Internationale, cette dernière étant à tous égards extraordinaire et ne pouvant raisonnablement être prise en compte dans une étude de la responsabilité constitutionnelle quotidienne du chef de l'État français.

¹¹ On se rapportera par exemple à : *Légitimité, responsabilité, pouvoirs, actes du colloque franco-italien de Paris*, M.-A. Cohendet et A. Lucarelli (dir.) à paraître aux éditions L'Harmattan en 2020. Ou encore à : M.-A. Cohendet, *Droit constitutionnel*, LGDJ-Lextenso, coll. Cours, 4^e éd. Sept 2019, p. 164 sq.

¹² Cf. *infra*.

La responsabilité est une condition plus délicate, à la fois par la complexité phénoménologique à l'identifier (qu'est-ce ?), que par sa variance empirique (les Constitutions la mettent-elles toutes à l'œuvre ?). La Professeure Marie-Anne Cohendet retient, dans les traces de Léon Duguit, une conception classique de la responsabilité politique, centrée autour du concept de contrôle. Deux grandes questions, qui se subdivisent elles-mêmes chacune en deux autres, sont à poser : *qui* contrôle et *comment* il contrôle ? Ce contrôle des organes du pouvoir peut être exercé directement par le Peuple ou par d'autres organes eux-mêmes élus et/ou contrôlés directement par le Peuple. D'un autre côté ce contrôle peut résulter dans une mise en jeu de la responsabilité ou se réaliser par une coopération nécessaire des organes qui peuvent ainsi négocier et se contraindre mutuellement.

Qui ?

Ce contrôle des organes institués peut être exercé par le Peuple lui-même, si l'action politique de ces organes est très régulièrement soumise à l'appréciation du Peuple (par exemple pour les Représentants aux États-Unis d'Amérique : leur mandat étant très court, deux ans, on considère qu'ils sont contrôlés directement par le Peuple en quasi-permanence). Dans la seconde option, il est exercé par d'autres organes légitimes qui en ont la *libre* appréciation.

Comment ?

Quand ce contrôle est exercé non pas par le Peuple directement, mais par d'autres organes légitimes, deux options sont possibles : soit ce contrôle se fonde sur la possibilité de se « détruire » mutuellement (séparation « souple » des pouvoirs), soit sur celle de devoir collaborer mutuellement (séparation « stricte » des pouvoirs).

Dans le premier cas, on parlera de responsabilité politique *stricto sensu*, que l'on entend comme le fait de pouvoir écourter un mandat ou une fonction pour des raisons simplement politiques. L'exemple canonique de ce contrôle étant la motion de censure : aucune condition de fond n'est normalement requise, le simple manque de confiance de l'assemblée parlementaire en question suffisant à renverser le Gouvernement, et donc à le démettre et à en écourter l'exercice. C'est notamment ce qui la distingue de la procédure *d'impeachment* puisque cette dernière ne peut être déclenchée que pour un certain nombre d'actions pénalement prohibées, c'est une procédure politico-pénale et la simple défiance du Congrès n'est pas suffisante¹³. Mais si cette responsabilité généralement se comprend à partir du concept de

¹³ Article 2, Section 4 de la Constitution des États-Unis d'Amérique : « Le président, le vice-président et tous les fonctionnaires civils des États-Unis seront destitués de leurs fonctions sur mise en accusation et condamnation

contrôle — issu des réflexions de Montesquieu sur le pouvoir¹⁴ — elle ne se confond pas avec lui.

Pour montrer encore mieux cette distinction entre contrôle et responsabilité, on peut prendre l'autre version du contrôle des organes entre eux qui ne requiert pas la possibilité de la démission des organes entre eux, mais demande leur collaboration. Cette collaboration se signe, dans le texte constitutionnel, par l'entrelacement des compétences des organes de manière à ce qu'une politique complète ne puisse être effectivement mise en œuvre sans la collaboration active des organes — et ainsi assurant leur entre-contrôle. C'est ce qu'on appelle classiquement la séparation « stricte » des pouvoirs¹⁵ : par exemple aux États-Unis d'Amérique le droit de veto du Président et le contrôle budgétaire de l'Exécutif par le Congrès¹⁶ assurent que respectivement l'Exécutif et le Législatif doivent collaborer pour mettre en œuvre leur politique — sous la menace d'un veto d'un côté et du refus du budget de l'autre.

C'est ainsi, dans cette théorie de la démocratie, la combinaison d'un organe légitime et responsable, ou contrôlé, qui rend démocratiquement acceptables et nécessaires ses pouvoirs. Un pouvoir illégitime démocratiquement n'a pas de mandat qui émane de la volonté populaire, ses pouvoirs doivent ainsi être strictement limités pour ne pas usurper une décision qui doit revenir au Peuple — c'est le cas par exemple des juges. Un organe légitime, mais irresponsable expose le risque d'un abus de ses pouvoirs et d'un détournement de ses fonctions : ses pouvoirs doivent être strictement *encadrés* par ceux d'autres organes pour éviter qu'il n'en abuse. Enfin un organe légitime et responsable doit avoir des pouvoirs étendus, ce serait autrement refuser au Peuple son autonomie que la démocratie doit garantir. Voilà l'équilibre légitimité-

pour trahison, corruption ou autres crimes et délits majeurs. » Disponible en français : <https://mjp.univ-perp.fr/constit/us1787.htm>, consulté le 10 octobre 2020.

¹⁴ On se rapportera au très classique extrait de Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Nourse, 1772, Livre XI, Chapitre IV.

¹⁵ Pour compléter et affiner ce point on se rapportera à la désormais très classique et historiquement marquante analyse de la séparation des pouvoirs par le Professeur Michel Troper : « Les classifications en droit constitutionnel », in *Pour une théorie juridique de l'État*, PUF, Léviathan, 1994, pp. 250-262.

¹⁶ Pour les deux : article 1, section 7 § 2 de la Constitution des États-Unis d'Amérique : « Tout projet de loi adopté par la Chambre des représentants et par le Sénat devra, avant d'acquiescer force de loi, être soumis au président des États-Unis. Si celui-ci l'approuve, il le signera ; sinon il le renverra, avec ses objections, à la chambre dont il émane, laquelle insérera les objections in extenso sur son procès-verbal et procédera à un nouvel examen du projet. Si, après ce nouvel examen, le projet de loi réunit en sa faveur les voix des deux tiers des membres de cette chambre, il sera transmis, avec les objections qui l'accompagnaient, à l'autre chambre, qui l'examinera également de nouveau, et, si les deux tiers des membres de celle-ci l'approuvent, il aura force de loi. En pareil cas, les votes des deux chambres seront acquis par oui et par non, et les noms des membres votant pour et contre le projet seront portés au procès-verbal de chaque chambre respectivement. Tout projet non renvoyé par le président l'avait signé, à moins que le Congrès n'ait, par son ajournement, rendu le renvoi impossible ; auquel cas le projet n'acquiescera pas, force de loi. » Disponible en français : <https://mjp.univ-perp.fr/constit/us1787.htm>, consulté le 10 octobre 2020.

responsabilité-pouvoirs explicité. Ce cadre d'analyse servira par la suite pour évaluer la place et le caractère démocratique de la dissolution sous la V^{ème} République.

En effet la dissolution constitue aussi un très bon exemple de responsabilité politique : écourter le mandat des députés, c'est assurer leur responsabilité politique. Or, savoir *qui* a le droit de dissoudre est une question centrale, comme on vient de le voir, pour en analyser le caractère démocratique, ou non. En effet, la dissolution est un pouvoir très important dans toute démocratie représentative, et pour comprendre le fonctionnement, il est souvent utile de s'intéresser à sa naissance. C'est avec perspicacité que Duguit¹⁷ s'y aventure, en remarquant que la naissance du droit de dissolution au profit du Premier ministre se trouve dans un adage on ne peut plus absolutiste, *The King can do no wrong*. Et Duguit d'en conclure que dans l'ancien droit parlementaire anglais (essentiellement avant 1801), le Roi était, du fait de cet adage, irresponsable. En effet, affirmer que le Roi ne peut mal faire, c'est nécessairement conclure par voie de conséquence que l'on ne peut engager sa responsabilité, politique, pénale ou civile puisque ce serait admettre qu'il a mal fait — la faute étant un élément essentiel de la responsabilité dans la culture juridique de l'époque¹⁸. Cependant si le Roi lui-même ne peut mal faire, il peut être mal conseillé¹⁹, et c'est à l'encontre de ces conseillers que la première procédure de sanction individuelle, *l'impeachment*, a été pensée. Sauf que le Conseiller accusé, ne pouvant exciper d'une décision royale qui serait elle-même fautive pour justifier son action fautive puisque le Roi ne peut mal faire, est conduit à exercer seul le pouvoir puisqu'il est le seul responsable. D'où la conclusion que tire Duguit pour les régimes parlementaires : « là où est la responsabilité, là est le pouvoir »²⁰.

On voit ainsi que le fonctionnement du droit de dissolution tient tant des prérogatives juridiquement garanties par les textes — le régime — que par son insertion dans le contexte social, et surtout politique — le système — : les structures non-textuellement prévues, les perceptions sociales, les consensus politiques et la rhétorique utilisée pour justifier, expliquer

¹⁷ L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Ancienne Librairie Fontemoing & Cie, t. II, 1923, 2^e éd., p. 813-814.

¹⁸ S'il a pu y avoir une objectivation progressive de la théorie de la responsabilité, il semble hautement contestable de la faire remonter au droit parlementaire anglais. De plus, la dissolution est toujours considérée, et à tout le moins à l'époque, comme le moyen de sanctionner une *faute* politique qui se confond avec la confiance de la majorité. La faute politique, c'est trahir la confiance de sa majorité, autrement dit.

¹⁹ On notera une proximité d'avec la thèse du droit administratif comme droit de l'imposture développée par A. Kojève : l'État, au regard de son droit propre, ne peut mal faire, ce n'est que ses fonctionnaires qui peuvent commettre des erreurs, et par là cesser le « fait de l'État » pour « faire le leur » : voy., A. Kojève, *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, Paris, Gallimard, rééd. 2007, §50.

²⁰ L. Duguit, *op. cit.*, p. 832.

et communiquer la dissolution²¹. Pour comprendre le fonctionnement du droit de dissolution il faudra ainsi aller voir comment on *use* de ce pouvoir : les *raisons* de dissoudre sont déterminantes pour comprendre ce qu'il en est. Il faudra donc aussi *systematiser* l'usage de la dissolution.

Comprendre pourquoi cet outil est tombé en désuétude c'est chercher les raisons internes et externes au droit qui ont conduit à une telle neutralisation. Or, si la V^{ème} République connaît un droit de dissolution au régime exorbitant du parlementarisme classique, réalisant un équilibre complexe entre responsabilité, légitimité et pouvoirs (1), cet équilibre est définitivement compromis dans la pratique, le droit de dissolution devenant difficilement systématisable : prérogative d'arbitre ou de chef de la majorité (2) ?

1. UN EQUILIBRE COMPLEXE ENTRE RESPONSABILITE, LEGITIMITE ET POUVOIRS : LE REGIME EXORBITANT DU PARLEMENTARISME CLASSIQUE.

Pour comprendre comment fonctionne le régime — à savoir le dispositif créé par les normes constitutionnelles —, il faut d'abord s'attacher à étudier le fondement et la justification d'un tel droit au profit du seul Président, logés dans la tradition orléaniste (1.1); pour comprendre ensuite que malgré de nouvelles justifications, cette théorie présidentielle n'a pas tenu l'épreuve du temps (1.2).

1.1. Une justification traditionnelle orléaniste : un pouvoir légitime, mais irresponsable.

Alors que, comme on l'a vu, en régime parlementaire, la responsabilité doit suivre le pouvoir (légitime), on peut s'étonner qu'une telle prérogative ait été laissée à la seule appréciation du Président de la République.

Duguit propose de voir, dans le dispositif « vote de défiance/demande de dissolution par le Premier ministre au Souverain/dissolution par le Souverain » un double lien de légitimité du Gouvernement : devant le Parlement et devant le Souverain, trait typiquement orléaniste²². En effet, après une mise en jeu de sa responsabilité devant le Parlement, le Premier ministre est censé démissionner, sauf qu'il peut s'en retourner vers le Souverain pour lui demander de lui

²¹ Pour cette distinction, que nous reprenons ici, on pourra utilement se rapporter à O. Duhamel, *Les démocraties (régimes, histoire, exigences)*, Paris, Seuil, 1993, *passim*.

²² L. Duguit, *op. cit.*, p. 814.

réitérer malgré tout sa *confiance* et de faire trancher le litige qui les opposent par le peuple en dissolvant le Parlement. Ainsi, conférer la *prérogative de dissoudre le Parlement* au chef de l'État c'est *en réalité* disposer d'un second lien de *légitimité* (et donc par extension aussi de responsabilité : le parallélisme des compétences implique que si le Souverain a le pouvoir de le maintenir en fonction, il a aussi le pouvoir de le démettre).

C'est d'ailleurs le dispositif retenu sous la V^{ème} : le Président étant élu, *a fortiori* au suffrage universel direct depuis 1962²³, il est *légitime*, même s'il est irresponsable. Et c'est ainsi qu'on rationalise traditionnellement cette *prérogative exorbitante* du droit commun parlementariste : le Président de la République étant légitime, il peut avoir la *prérogative* d'engager la responsabilité *politique* de *toutes* les institutions *politiques* constituées devant le Peuple. En effet, après une dissolution de l'Assemblée nationale, le Gouvernement n'ayant plus d'Assemblée nationale devant qui être responsable n'est plus un Gouvernement de plein exercice : il ne peut plus faire légiférer, n'est plus responsable et c'est ainsi que traditionnellement on réduit, pour les Gouvernements démissionnaires ou démis, leurs pouvoirs à celui d'expédier les affaires courantes. Étant donné que la composition de la nouvelle chambre n'est pas connue avant les élections, il est impossible de savoir quelle majorité la composera pour soutenir le Gouvernement. Par voie de conséquence, dissoudre le Parlement c'est engager la responsabilité politique tant du Gouvernement indirectement (qui risque la censure s'il ne réunit pas la majorité après l'élection, comme ce fut le cas en 1997) que de l'Assemblée nationale, directement, qui est renvoyée devant les électeurs.

Dans cette interprétation stricte d'un Président *légitime*, même si irresponsable, qui consulte l'autorité suprême en démocratie (le Peuple) pour savoir quelle est sa volonté pour le pays, l'équilibre entre *légitimité*, responsabilité et pouvoirs semble être respecté : le Président de la République semble ainsi n'avoir pas de pouvoir propre, si ce n'est celui de demander l'avis suprême du Peuple.

Cependant, le droit de dissolution n'est pas toujours utilisé à cette fin, très noble, et constitue une arme redoutable du combat politique dont la pratique peut dévier des idéaux démocratiques par le système parajuridique de contraintes politiques qu'elle crée.

²³ Question qui a donné lieu, entre autres... à une dissolution du Parlement hostile à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct !

1.2. Des justifications aberrantes, minées par le régime, n'ayant pas résisté à l'épreuve du temps.

En effet en réinsérant le droit de dissolution dans son régime plus vaste, on se rend compte qu'une structure émerge, et a émergé historiquement, qui fait obstacle à ce que cette interprétation stricte du rôle présidentiel ait été effectivement appliquée : le fait majoritaire. En effet, si l'on a pu comprendre le droit de dissolution du Président comme un élément du parlementarisme rationalisé (1.2.1), ou encore comme l'outil classique de résolution des crises institutionnelles (1.2.2), c'est à chaque fois à tort.

1.2.1. Une dissolution présidentielle pour rationaliser un Parlement indiscipliné ?

Une première justification nouvelle à cette arme exorbitante s'est trouvée dans l'indiscipline incorrigible du Parlement sous la IV^e République, qui a paralysé la bonne marche des institutions politiques. La volonté des constituants a ainsi été de garder un régime parlementaire, mais en le rationalisant fortement : le gouvernement dispose d'une large palette d'outils pour contraindre la volonté du Parlement.

La dissolution a ainsi été présentée comme l'arme ultime, la bombe nucléaire, pour tenir quiet un Parlement. L'exaspération de la population française pour cette instabilité paralysante au sortir de la IV^e République fait de la dissolution alliée au scrutin majoritaire, dans un contexte d'une nouvelle récidive du Parlement dans ses vieux travers, une arme puissante qui menace la classe parlementaire de la perte de ses sièges.

Cependant, la majoritarisation²⁴ de la vie politique a rendu inutile le recours à la dissolution pour ces motifs. En effet il ne s'est pas trouvé une seule fois où le Gouvernement ne s'est pas trouvé une majorité stable et disciplinée pour le soutenir²⁵. Par des mécanismes extra-constitutionnels le Parlement s'est autorationalisé, et le droit de dissolution perd ainsi le fondement qu'il pouvait avoir dans le parlementarisme rationalisé. On notera cependant qu'il a été de nouveau brandi en 2014 par le Président Hollande, dont une partie de la majorité a tenté de fronder contre le Gouvernement Valls²⁶.

²⁴ À savoir le fait que de façon systématique le Gouvernement trouve une majorité disciplinée pour toute une législature, et que cette dernière concorde avec la majorité exprimée à travers l'élection du Président de la République.

²⁵ À l'exception notable de 1962, cas sur lequel nous reviendrons dans le paragraphe suivant.

²⁶ Entretien de François Hollande au *Nouvel Observateur* du 11 septembre 2014.

Si le risque reste toujours possible d'une dislocation de la majorité, il semble cependant peu probable que cela se produise. De plus cette prérogative est hautement contextualisée dans un Parlement éparpillé. Elle devient largement abusive dans le cadre d'un Parlement soumis au Gouvernement. Ce fondement est ainsi à écarter.

1.2.2. Une dissolution présidentielle pour résoudre les conflits institutionnels ?

Pour voir si le droit de dissolution présidentiel peut être compris comme un outil de résolution des crises institutionnelles, on peut prendre les exemples, très éloquents, des dissolutions de 1981, 1988 et 1997, pour en analyser des raisons et les comparer avec celle de 1962. Naturellement ces quatre dissolutions sont valides d'un point de vue du régime constitutionnel : les conditions nécessaires ont été systématiquement respectées. Cependant on peut tenter d'analyser le cas de 1962 comme paradigme d'une dissolution « classique », ou de « crise institutionnelle »²⁷. En effet le Gouvernement propose une réforme constitutionnelle pour que le Président de la République soit élu au suffrage universel direct. L'opposition du Parlement est très vive, portée notamment par Gaston Monnerville, Président du Sénat, qui s'est organisée et parvient malgré les lourds obstacles²⁸, à renverser le Gouvernement par une motion de censure devant l'Assemblée nationale. Comme la tradition constitutionnelle orléaniste le propose, le Gouvernement se retourne vers le Président de la République pour savoir s'il a encore sa confiance, ce à quoi le Président de la République, Charles de Gaulle, répond par l'affirmative et dissout l'Assemblée nationale pour que le litige soit porté devant le Peuple. Ce dernier tranche et renvoie une majorité forte au Gouvernement, qui peut donc mener à bien sa réforme constitutionnelle. Il semblerait ainsi que dans le cas 1962 la dissolution ait été utilisée dans le cadre strict évoqué plus en haut.

Cependant en 1981 et 1988 la dissolution est utilisée d'une bien autre manière par François Mitterrand : fraîchement élu et ayant pour partenaire institutionnel une Assemblée nationale qui lui est opposée, il n'attend pas de proposer un Gouvernement, et qu'il se fasse censurer pour dissoudre. Il dissout immédiatement l'Assemblée nationale pour bénéficier d'une large majorité qui lui soit favorable. Idem en 1988. Le cas 1997 est plus intéressant encore : le Président Chirac, sur les conseils du secrétaire général de l'Élysée, Dominique de Villepin, dissout une Assemblée nationale qui lui est pourtant globalement favorable, mais avec une

²⁷ Nous montrerons par la suite que ce n'est cependant pas le cas et qu'étaient déjà à l'œuvre les forces du fait majoritaire et de la présidentialisation.

²⁸ Nous l'avons rappelé : la motion de confiance et la motion de censure sont calculées de la même façon : les votes de défiance ont-ils la majorité absolue ?

présence trop importante de balladuriers — facteur possible d'instabilité. Il dissout ainsi une Assemblée nationale en espérant récupérer une majorité plus franchement chiraquienne. Cependant c'est un échec et il se retrouve à devoir assumer une cohabitation de 5 ans jusqu'en 2002. On voit bien que les deux paradigmes de dissolution ne sont pas les mêmes. Dans le cas de 1962 il semble s'agir pour le Président de la République de faire trancher un litige qui oppose éminemment le Gouvernement et le Parlement, le laissant en dehors de la relation politique (du moins en apparence), alors que dans les cas 1981-88-97 il s'agit de la relation *directe* du Président à l'Assemblée.

Mais en creusant un peu le cas de 1962, on voit que même là, la dissolution est plus trouble. En effet le projet de réforme constitutionnelle était celui du *Président* lui-même et la motion de censure ne visait pas tant le *Gouvernement* que le *Président*, pour indirectement le *désavouer*. La dissolution de l'Assemblée nationale en 1962 n'est donc pas vraiment issue d'un conflit institutionnel que le Président demanderait au Peuple de résoudre, mais la déconfiture du Président à voir une Assemblée lui résister et le désavouer. Il ne s'agit donc plus de cette position neutre de constat d'un conflit institutionnel, comme dans le cas allemand de l'article 63/4 de la *Grundgesetz*, mais bien de la dissolution de *combat*, pour faire plier un Parlement résistant et faire passer de force une politique *personnelle* du Président. Plus marquant encore, cette lecture est congédiée par Charles de Gaulle lui-même, dans son discours de Bayeux de 1946. En effet, il disait déjà qu'en réalité le droit de dissolution devait revenir de droit au Président de la République, chef de l'État et de la Nation.

2. UNE PRATIQUE DE DISSOLUTION DIFFICILEMENT SYSTEMATISABLE : PREROGATIVE D'ARBITRE OU DE CHEF DE LA MAJORITÉ ?

Le *système* constitutionnel français, présidentiel, a évolué. Si, au départ, le respect des institutions a été de mise, rapidement la torsion du texte a été monnaie courante : par exemple la théorie délibérément contraire au texte constitutionnel du « domaine réservé », montée de toute pièce par J. Chaban-Delmas pour le Président de Gaulle²⁹ ; ou encore la controverse de la signature des ordonnances où le Président Mitterrand a affirmé, encore une fois contre le texte constitutionnel, son pouvoir de ne pas *signer* des ordonnances valablement

²⁹ On pourrait qualifier cette position de « délirante » en ce sens qu'elle ne s'appuie sur aucun élément constitutionnel formellement existant et n'émane que de l'esprit de ceux qui la défendent. La liste des pouvoirs du Président de la République dans les 19 premiers articles de la Constitution permet d'affirmer sans ambages que la Constitution ne réserve pas de « domaine » au Président. Le Président a des pouvoirs propres, très strictement délimités à l'article 19. Les autres sont ceux du Gouvernement ou du Parlement. Il ne fait cependant aucun doute que les Présidents exercent, de fait, une influence décisive sur ces domaines hors-cohabitation. Mais de là à dire que la Constitution leur réserve ces domaines... il s'en faut d'un grand saut (dans le vide juridique !).

prises par le Gouvernement³⁰. Il faut ainsi voir que pour approcher le droit de dissolution, dans son système, il faut étudier la figure du Président de la République selon qu'elle est simple arbitre institutionnalisée, ou bien un acteur politique, chef *de facto* de la majorité (2,1). Cette analyse permettra de systématiser enfin *l'exercice* du droit de dissolution (2,2).

2.1. Le Président, arbitre institutionnalisé ou acteur politique chef de la majorité : le malaise juridique du fait majoritaire.

On peut voir, d'abord, que la figure du Président et son analyse sont déterminantes pour le droit de dissolution (2.1.1), pour ensuite tenter d'expliquer en retour ce phénomène de présidentialisation du régime à travers l'exercice du droit de dissolution (2.1.2).

2.1.1. Un droit de dissolution fortement connoté par la pratique présidentiale

Le régime constitutionnel de la V^{ème} République est très clair : l'article 5 de la Constitution dispose que le Président *arbitre* (quoi, entre qui, et comment ce n'est pas précisé). Or, un arbitre *ne saurait avoir un parti*³¹. Il ne peut participer à la vie politique sur le même mode que le Premier ministre ou les parlementaires, et de l'avis de de Gaulle lui-même :

« Le Chef de l'État (...) est un personnage impartial qui ne se mêle pas de la conjoncture politique et qui ne doit pas s'en mêler. Il est là simplement (...) pour que les pouvoirs publics fonctionnent normalement, régulièrement, comme il est prévu dans la Constitution. Il est un arbitre, il n'a pas à s'occuper de la conjoncture politique (...) »³².

On peut aussi avancer l'analyse de Prévost-Paradol un siècle auparavant :

« Ce surveillant général de l'État doit rester l'arbitre des partis et n'appartenir à aucun (...). Il ne perdra jamais de vue la nation, juge définitif des majorités et des ministères, et au moindre soupçon d'un dissentiment entre l'opinion et le pouvoir il enverra les partis en présence se pourvoir devant ce tribunal suprême afin qu'une prompt décision dissipe toute incertitude. »³³

On peut ainsi expliciter la fonction d'« arbitre » de l'article 5 de la Constitution : il s'agit d'arbitrer, non pas *ex nihilo*, comme un sage dans sa tour d'ivoire, ou comme un monarque souverain, mais bien *in concreto* dans la vie politique du pays. Élu relativement régulièrement et bien inséré dans la structure du pouvoir, le Président de la République, dans cette lecture,

³⁰ Le refus de signature et/ou de publication par le chef de l'État est un outil typique des régimes non démocratiques, ou en devenir autoritaire.

³¹ Et cela, malgré les théories douteuses d'un arbitre-acteur ou arbitres capitaines développées par les acteurs politiques intéressés.

³² Charles de Gaulle au Comité consultatif constitutionnel le 8 Août 1958, *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 Octobre 1958*, La Documentation française, 1988, Vol. II.

³³ L.-A. Prévost-Paradol, *La France nouvelle*, Paris, Michel Lévy Frères, 1868, p.146.

offre un point de vue à la fois global et surplombant lui permettant d'évaluer la qualité du jeu politique et les éventuels dangers/points nécessitant une validation populaire. La dissolution pensée dans ce cadre est ainsi essentiellement la fonction de saisine d'une *autre* autorité pour trancher le litige en question. Il doit ainsi n'avoir de pouvoir autonome qu'en ce qui concerne le constat d'un litige institutionnel, pour saisir *ensuite* une autorité qui elle seule tranchera la question. C'est le cas de la saisine du Conseil constitutionnel (article 61/2 de la Constitution), du référendum (article 11 de la Constitution) et du droit de dissolution, comme indiqué plus haut.

Or la dissolution de 1962, qui se pare des atours de l'arbitre, n'est que le fait d'un aspirant chef de la majorité, dont on peut en avancer une preuve historique : le même de Gaulle affirmera par la suite, en conférence de presse le 31 janvier 1964 qu'« il doit être évidemment entendu que l'autorité indivisible de l'État est confiée toute entière au Président par le peuple qui l'a élu, qu'il n'en existe aucune autre, ni ministérielle, ni civile, ni militaire, ni judiciaire qui ne soit conférée et maintenue par lui [...] ». Si la lecture rétrospective des événements est un exercice épistémologiquement très dangereux, la thèse ici défendue est soutenue par le projet avoué de Charles de Gaulle contenu dans son discours de Bayeux précité.

On voit dès lors que le Président prenant la place de chef du Gouvernement (mais la responsabilité en moins) va user de son pouvoir de dissolution non pas dans ce but neutre et démocratique de recourir au Peuple pour trancher un différend, mais dans cet objectif politicien³⁴ d'affirmer et de faire triompher son projet politique.

Les dissolutions de 1981 et 1988 perdent ainsi leur aspect choquant ou original parce qu'un *habitus* profond nous conduit à ne plus voir le Président comme l'arbitre qu'il est censé être, mais bien comme ce chef de la majorité qu'il est devenu. Il nous semble ainsi normal de penser que le Président est *légitime* à avoir une majorité parlementaire à ses côtés pour soutenir sa politique, si le Peuple le veut bien, alors même qu'il est censé, d'après le texte constitutionnel, n'avoir aucune politique à mener !

Dès lors, les tensions qui hantent le droit et l'exercice de la dissolution ne sont que l'expression de ce malaise caractéristique de la V^{ème} République : un régime parlementaire très rationalisé dans un système fortement présidentialisé.

³⁴ Qui, en soi, n'est pas blâmable, bien au contraire !, s'il s'accompagne, comme dans tout régime parlementaire, d'une *responsabilité politique*.

2.1.2. Une pratique présidentiale puissamment renforcée par le droit de dissolution.

Le droit de dissolution, loin de n'être que le sujet des *habiti* constitutionnels, a aussi contribué à les créer. En 1962 quand de Gaulle dissout l'Assemblée nationale rebelle, il s'agit bien d'une sanction politique qui, en retour, a construit une idée particulière. En effet, donner le pouvoir de dissolution au Président a conduit à considérer que l'Assemblée nationale n'est pas responsable devant le Peuple par la dissolution commandée par le Gouvernement, mais devant le *Président* — qui, lui, reste inamovible pendant son mandat — grâce à son droit de dissolution. Ce pouvoir de dissolution conféré au Président irresponsable a ainsi nettement contribué à faire en sorte que la majorité parlementaire se construise *autour* du Président et non plus du Premier ministre. Si la Constitution de la V^{ème} République avait été conforme au parlementarisme classique, en 1962 c'eût été le Premier ministre qui aurait engagé la responsabilité politique de l'Assemblée nationale devant le peuple, c'est *lui seul* qui aurait triomphé politiquement, et la majorité parlementaire lui aurait été inféodée, ce qui est normal en régime parlementaire. Or cette prérogative a été confiée au Président de la République, neutralisant ainsi dans la pratique le pouvoir du Premier ministre et détruisant *de facto* tout pouvoir de contrôle du Parlement sur la politique nationale puisqu'en cas de désaccord sur la politique à mener, le Président n'a qu'à dissoudre et rester en place³⁵. Le déséquilibre entre les pouvoirs se fait ainsi patent.

On peut ainsi voir comment, dans l'histoire constitutionnelle française, des usages divers ont été faits de la dissolution de l'Assemblée nationale. Or il semble qu'à chaque type d'utilisation correspond un type d'organe dissolvant.

2.2. Systématiser l'exercice de la dissolution : quel exercice pour quel acteur et quel contexte ?

Il est intéressant de se pencher sur la systématisation proposée par la doctrine du droit de dissolution. Classiquement et généralement ce droit est divisé selon deux usages : la dissolution de combat, ou victorieuse, et la dissolution de soutien, ou de confort³⁶.

La doctrine propose ainsi de tout subsumer sous ces deux catégories, la première renvoyant à l'existence d'un conflit entre différents pouvoirs et la seconde à une tactique politique pour étoffer une majorité déjà constituée. Par exemple certains auteurs proposent de

³⁵ Il s'agit dès lors d'une arme dont le fonctionnement est essentiellement *dissuasif*, dans son exercice elle peut se révéler aussi dangereuse pour un Président sans majorité comme ce fut le cas en 1997.

³⁶ Voy., *inter alia* M.-A. Cohendet, *op. cit.*, p. 265.

voir la dissolution de 1981 comme une dissolution victorienne anticipée³⁷ ; d'autres, même s'ils reprennent la division combat/soutien, classent celles de 1981 et 1988 dans celle de soutien sous l'intitulé « promotion d'une majorité parlementaire »³⁸. D'autres avancent une division entre une dissolution « se soumettre ou se démettre » (de combat), référendaire et tactique (diversion politique)³⁹. Enfin, la systématisation la plus complète propose de voir cinq types d'utilisation de la dissolution : la dissolution punitive (1962), référendaire (1968), d'alternance (1981, 1988), tactique (1997) et enfin dissuasive (1976-81 pour protéger les Gouvernements Barre ; ou encore 2014 pour protéger le Gouvernement Valls)⁴⁰.

Cependant ces systématisations, si elles sont bien cohérentes et efficaces ne font pas le lien — dont nous avons montré la pertinence plus haut — entre la typologie de dissolution et la figure de l'organe qui dissout. Il s'agit ainsi essentiellement de distinguer les types de figures qui peuvent recourir à la dissolution.

Avant d'entrer dans le vif du sujet, un point lexical s'impose. La langue française ne dispose pas de groupe nominal compact et élégant pour désigner l'autorité qui détient le droit de dissolution. Or il est central de pouvoir désigner ce fait-là, dont le nom du porteur peut varier (Président, Roi, Premier ministre, Chancelier, Gouvernement parfois). L'option choisie ici n'est pas d'une élégance consommée, mais a l'avantage de désigner précisément l'objet que nous entendons étudier sous son aspect le plus pur : l'organe constitutionnellement doté du pouvoir de dissolution. Nous proposons de l'appeler « le dissolvant ». Nous prions le lecteur de bien vouloir pardonner cette indélicatesse faite à la langue française, mais il nous a semblé pertinent de parfois savoir refuser à l'élégance ce que l'on doit à la précision scientifique.

Nous proposons tout d'abord une *summa divisio* pour bien distinguer des fondements radicalement différents : la figure de l'arbitre (2.2.1) et celle de l'acteur politique (2.2.2), qui, en sous-main renvoie au caractère politiquement chargé ou pas de la décision.

³⁷ M.-A. Cohendet, *op. cit.*, *loc. cit.*

³⁸ J. Gicquel, J.-E. Gicquel, *Droit constitutionnel*, Paris, Domat, 2016-2017, 30^e éd., p. 650 sq.

³⁹ C. Debbasch, J. Bourdon, J.-M. Pontier, J.-C. Ricci, *Droit constitutionnel*, Aix-en-Provence, Economica, 1985, p. 302-304.

⁴⁰ D. Chagnollaude, *Droit constitutionnel contemporain*, Tome II, Cours Dalloz, Paris, 2015, 7^e éd., p. 214-216.

2.2.1. Les dissolutions neutres politiquement — la figure de l'arbitre.

Dans ce premier cas le dissolvant, le fait non pour des raisons intéressées, mais pour des raisons « objectives », ou neutres. Il ne peut donc s'agir du chef du Gouvernement. Il peut disposer d'un pouvoir encadré (2.2.1.1), ou discrétionnaire (2.2.1.2).

2.2.1.1. *Une dissolution strictement encadrée — la figure du juge-arbitre*

Dans les cas de conditions strictes (ex. du Bundespräsident usant de l'article 62/4 de la Grundgesetz), le dissolvant agit plus comme une juridiction qui constate des éléments factuels et les fait suivre de la sanction appropriée, sans évaluer l'opportunité du mécanisme en son ensemble. Ce pouvoir, très encadré, enserré par des conditions aisément vérifiables, fait de son déclenchement un événement incontestable et fortement légitimé. Aisément contrôlable, il en rend les abus quasiment impossibles : pas de reconstruction d'une majorité derrière cet organe. C'est cependant, un outil crucial pour la stabilité démocratique du régime : les conditions de mise en œuvre sont — à notre connaissance — uniquement celles d'une crise politique aigüe (comme sous la IV^e République), offrant ainsi une échappatoire nécessaire et difficilement contestable à une situation politiquement bloquée.

2.2.1.2. *Une dissolution discrétionnaire — la figure du « bon père de famille »*

Dans ce cas, le dissolvant dispose de pouvoirs discrétionnaires. Il est censé agir dans l'esprit d'un « bon père de famille » qui, constatant un désaccord nuisible à la bonne marche des institutions, pèse l'opportunité d'une telle dissolution : c'est le cas décrit plus haut par Prévost-Paradol. Cette dissolution, par la liberté qu'elle laisse à l'organe en question, peut donc être mise en œuvre et être perçue comme légitime dans d'autres conditions que celles strictement de la crise politique aigüe : elle peut être perçue comme la remise directe de l'*imperium* au Peuple pour décider du futur de la Nation. Elle se rapproche à cet égard de la figure référendaire que l'on étudiera plus ensuite. La principale différence consistant dans l'engagement, ou non, du dissolvant pour une des solutions au problème soumis au Peuple. S'il y a engagement, la dissolution est référendaire au sens déterminé ci-après, si la consultation ne fait pas l'objet d'un engagement politique personnel, elle s'apparente bien plus à un sondage, pour demander l'avis du Peuple, sans prendre de parti.

Cette figure se rapproche, dans son esprit, de l'ancienne doctrine *Lascelles* par laquelle le Souverain britannique pouvait refuser une dissolution après une motion de censure si elle

n'était pas opportune (1— le Parlement était vivant, 2 — la dissolution serait trop coûteuse et 3— un autre Premier ministre pouvait être trouvé).

Cependant un pouvoir de dissolution qui n'est pas encadré dans des conditions strictes peut tendre, comme on l'a vu, à former la majorité autour de celui qui dissout et non autour du chef du Gouvernement.

2.2.2. Les dissolutions politiquement intéressées — la figure de l'acteur.

La question centrale ici est de savoir dans quel contexte est utilisée (ou brandie) l'arme de la dissolution. Le message politique peut être plus (2.2.2.1) ou moins fort (2.2.2.2).

2.2.2.1. *Les dissolutions aux messages politiques forts — la figure du Peuple soutien du Gouvernement.*

Le contexte de ce type de dissolution peut être critique ou non.

1) En cas de contexte critique, on peut parler de la figure du Gouvernement de combat. Il s'agit ici principalement de la dissolution dans son usage classique : une confiance refusée et le Gouvernement souhaite dissoudre le Parlement. Le contexte est important parce qu'il s'agit d'une véritable mise en jeu de la responsabilité politique du Gouvernement sur sa politique puisqu'il entend demander au Peuple de *trancher le différend* qui l'oppose avec le Parlement pour déterminer la voie à suivre pour l'avenir du pays. Elle a donc un intérêt politique capital.

2) Mais la dissolution peut aussi venir à un moment non critique, auquel cas on peut parler de la figure référendaire. Cette dissolution fut pratiquée, par exemple, en 1968. En effet de Gaulle voulait, pour soutenir son projet contre la volonté du Parlement, passer par la voie du référendum, mais le Premier ministre Pompidou lui a suggéré de plutôt dissoudre l'Assemblée nationale. En effet, par le biais du suffrage majoritaire il suffit d'avoir le plus de votes pour détenir une majorité au Parlement, alors que l'adoption d'un texte par voie référendaire suppose qu'il soit accepté à la majorité absolue. Le Premier ministre Pompidou s'est ainsi montré être un fin manœuvrier : les conséquences de la dissolution furent un plébiscite parlementaire. Il ne s'agit donc pas tant de résoudre un conflit, ou d'équilibrer les pouvoirs parlementaires et gouvernementaux, mais de faire approuver, à travers l'élection d'une majorité favorable, un projet politique de fond. Ainsi cette dissolution, tout en étant politiquement très chargée (c'est en somme un engagement sur programme politique) n'est pas critique.

2.2.2.2. *La dissolution politiquement faible — la figure du tacticien.*

Cette dissolution, purement tactique, a un message politique relativement faible : celle qui, si elle est bien portée par un intérêt politique, ne constitue pourtant pas forcément un message politique *fort*. Déjà celle de 1968 était, dans son esprit, une dissolution tactique, pour éviter le recours pénible et risqué au référendum. Cependant son objectif étant tout à fait plébiscitaire, et son message politique ayant été déterminant pour la résolution des problèmes politiques, elle est plutôt une dissolution à forte intensité.

Plus classiquement c'est la dissolution dite d'alternance, ou encore celle « à l'anglaise ». Dans un cas comme dans l'autre la déclaration que constitue la dissolution n'est pas, en tant que telle, déterminante pour résoudre des problèmes politiques à l'ordre du jour.

1) Pour le cas de la dissolution d'alternance, la véritable décision populaire, dans le *système* présidentieliste, a été portée par l'élection du Président de la République⁴¹. Dès lors la dissolution devient logique et n'est pas perçue par le Peuple comme un désaveu, mais au contraire comme une nécessité pour respecter la volonté populaire de voir appliquer le programme présidentiel. Elle ne porte pas de sens politique distinct de l'élection présidentielle et n'est plus qu'une conséquence logique de cette dernière : elle est naturelle, voire inaperçue. Et ainsi, on ne la considère pas comme une « vraie » dissolution, mais simplement comme l'harmonisation du système politique, décision de rationalisation du fonctionnement des institutions qui ne porte pas de « vraies » conséquences. Comme on l'a vu, c'est en réalité tout autre chose, en ce que cela révèle *l'habitus* présidentieliste.

2) Les dissolutions dites « à l'anglaise », ou encore celles de Willy Brandt en 1972 et d'Helmut Kohl en 1982, purement tactiques et ne résultant d'aucune volonté politique générale, tendent surtout à profiter de conditions politiques favorables pour briguer un nouveau mandat sous de bonnes/meilleures auspices, c'est le cas aussi de 1997, malgré l'échec.

⁴¹ Nous insistons ici sur la nécessité de comprendre qu'il s'agit *uniquement* du *système* et non du *régime* politique. Si l'on suit le régime constitutionnel le Président de la République n'a pas à porter de programme politique. Cependant dans le *système* politique français c'est bien le cas.

CONCLUSION

On peut ainsi conclure de ces investigations que la tombée en désuétude du droit de dissolution est essentiellement due à son inutilité politique : avec une majorité disciplinée, nul besoin de la menacer. Or ce fait majoritaire, si ses effets ont pu être renforcés par l'alignement des mandats, prend sa racine dans bien d'autres facteurs qui ne s'y réduisent pas, et de très loin, comme on l'a vu.

Et c'est ainsi que l'explication de l'alignement des mandats pêche par myopie : elle confond la cause et la conséquence. C'est parce que la majorité est stable et disciplinée qu'elle ne se rebelle pas contre le Gouvernement rendant inutile sa dissolution, et non pas l'alignement des mandats (même s'il a pu renforcer le phénomène). Plus encore, ce n'est que parce que le fait majoritaire a été fort et longtemps observé et qu'il a pu se sédimenter, que l'alignement législatif formel des mandats s'est présenté comme une option naturelle et bénéfique, et non l'inverse.

Le droit de dissolution est particulièrement intéressant parce qu'il constitue un jeu à plusieurs acteurs, qui peut donc recevoir des lectures très différentes en fonction des relations entre les acteurs en question — ce que nous avons appelé « figures ». Il n'a pas été possible d'évoquer les contraintes structurelles qui pèsent sur la majorité parlementaire — les partis notamment, qui sont la cheville ouvrière de ce mécanisme de neutralisation du Parlement — mais elles sont évidemment déterminantes pour comprendre le système politique français actuel. Enfin, la référence omniprésente à la juridiction populaire ultime que viendrait solliciter l'organe qui dissout ne doit cependant pas leurrer, comme la figure du tacticien le montre : loin de toujours *servir* le peuple, elle peut s'en servir.

Ce système si particulièrement français étant désormais fortement ancré, les perspectives sont blêmes. Les Français sont habitués à aimer ou à haïr leur Président et à méconnaître leurs assemblées. Dans un sondage IFOP pour le Journal du dimanche du 10 août 2019, « les Français portent un regard peu amène sur leurs députés et leurs sénateurs (33 % de bonnes opinions seulement) », et beaucoup n'imaginent pas la charge de travail que représente un mandat parlementaire.

Enfin, il semble difficilement réalisable de modifier en profondeur le régime politique pour le régulariser : une présidentialisation du régime, impliquant nécessairement la restriction importante des pouvoirs présidentiels et une augmentation significative des pouvoirs *effectifs*

des assemblées, n'est pas au goût du jour⁴² ; et un retour à un régime parlementaire véritable implique l'abandon retentissant et non équivoque de cette inadmissible figure présidentielle irresponsable, pourtant si chère aux Français⁴³ ...

⁴² À l'exception du projet promu par F. Hollande, qui d'ailleurs, n'a pas reçu un accueil critique très positif voy., *Répondre à la crise démocratique*, Paris, Fayard, 2019, p. 69-79.

⁴³ L'élection présidentielle, si elle suscite toujours autant de passions, provoque toujours autant de rapides déceptions, sans que pour autant ce cycle immuable ne se solde par un changement de perspective sur cette élection... On pourra utilement se rapporter à P. Brunet, A. Le Pillouër, « Pour en finir avec l'élection présidentielle », *La vie des Idées*, 4 octobre 2011. Disponible sur : <https://laviedesidees.fr/Pour-en-finir-avec-l-election.html> (consulté le [30 novembre 2020]).

