



SORBONNE STUDENT LAW REVIEW

REVUE JURIDIQUE DES ÉTUDIANTS DE LA SORBONNE

2022

Volume 5, n°2

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 - 2022

Publié en ligne le 19 décembre 2022.
Published online on December 19th, 2022.

Editor-in Chief - Rédactrice en chef

Anne-Charlotte Cervello

Managing Editor – Cheffe du Comité éditorial

Lisa Forrer

Editors - Éditeurs

Alex Alexis
Amani Ayadi
Vincent Boucher

Marina Lovichi
Rémi Poirot
Benjamin Tendron

Guillaume Tourres
Marco Santoro

Reading Committee - Comité de lecture

Rocio Trujillo Sosa
Issiaka Guindo
Thomas Austin Brown
Clara Grudler

Omid Majidi-Ahi
Coralie Klipfel
Victor-Ulysse Sultra
Juliette Tissot

Vincent Bassani
Virginie Kuoch
Rosanne Craveia

Advisory Board - Comité scientifique

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

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
Raphaële Rivier
Thierry Revet
Judith Rochfeld
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

Anne-Charlotte Cervello

TABLE OF CONTENT - SOMMAIRE

ÉDITORIAL : INSTRUMENTS JURIDIQUES, ENTRE SOUPLESSE ET DEVOIEMENT	1 – 2
EDITORIAL: LEGAL TOOLS, FLEXIBILITY OR DEVIATION?	4 – 5
<i>Anne-Charlotte Cervello</i>	

Articles

LA PLACE DE L'ARBITRAGE DANS L'INDEMNISATION DES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES	7 – 25
<i>Anastasios Lafaras (Watson Farley & Williams)</i>	
THE U.S. UNILATERAL COERCIVE MEASURES IMPOSED IN LATIN AMERICA	26 – 76
<i>Andrea Valentina Dias Bolivar (Université de Genève)</i>	
LA CIRCULATION DES BIENS CULTURELS DANS L'UNION EUROPEENNE ENTRE CONTESTATION ET ENCADREMENT	77 – 97
<i>Clara Grudler (École de droit de la Sorbonne)</i>	

ÉDITORIAL : INSTRUMENTS JURIDIQUES, ENTRE SOUPLESSE ET DEVOIEMENT

À l'heure du bilan de l'année 2022, force est de constater qu'elle fut d'une richesse rare en termes d'actualités juridiques, et il apparaît difficile d'en détacher les éléments les plus marquants. D'un côté, des événements bouleversants et – nous l'espérons – fulgurants semblent progressivement s'inscrire dans une nouvelle forme de normalité. Ainsi de l'invasion de l'Ukraine par la Russie. De l'autre côté, des événements que l'on pensait relativement éloignés de nos préoccupations européennes, finissent pourtant par éclabousser nos démocraties. Ainsi du « Qatargate », qui révèle un système de corruption tentaculaire, s'étendant jusqu'aux membres du Parlement européen.

Bien sûr, comme souvent, de tels chocs peuvent permettre d'impulser un sursaut, et d'éveiller soudain les consciences. À peine remis de l'onde de choc causée par la remise en question du droit à l'avortement aux États-Unis, c'est au tour des femmes iraniennes de se soulever pour la défense de leurs libertés, au péril de leur vie. Ces événements posent la question de la protection de ces acquis fondamentaux par le droit. En France, la réponse fut celle de l'inscription du droit à l'avortement dans la Constitution¹. Mais les outils juridiques permettant de garantir le respect des droits individuels à toutes les échelles sont d'une grande variété.

C'est cette variété que nous avons interrogé à l'occasion de la conférence de rentrée, portant sur « *L'urgence et le droit* », organisée début septembre par la Revue juridique des étudiants de la Sorbonne. Ce fut l'occasion d'échanger entre jeunes chercheurs sur les outils juridiques prévus par les différentes branches du droit et leur adaptabilité face à l'urgence d'enjeux aussi bien nationaux que mondiaux. Bien que les retranscriptions ne se trouvent pas dans ce numéro – il faudra pour cela attendre notre prochaine publication -, les contributions faites par nos auteurs ce semestre donnent quelques pistes en lien avec ce sujet, et mettent en lumière la flexibilité des mécanismes juridiques, qui trouvent des applications variées et parfois imprévues.

Ainsi, Anastasios Lafaras aborde l'opportunité de mettre un mode de règlement des différends privé – l'arbitrage commercial – au service de l'intérêt général, notamment lorsque des impératifs d'efficacité le commandent. C'est ainsi qu'il est désormais permis aux tribunaux

¹ Proposition de loi constitutionnelle adoptée par l'Assemblée nationale visant à protéger et à garantir le droit fondamental à l'interruption volontaire de grossesse, 24 novembre 2022.

arbitraux de se prononcer sur des questions relevant du droit de la concurrence (« *La place de l'arbitrage dans l'indemnisation des pratiques anticoncurrentielles* »). De la même manière, Clara Grudler évoque la souplesse du droit de l'Union européenne et sa perméabilité vis-à-vis du droit international, par la mise en place d'un dialogue inter-institutionnel visant à résoudre la question de la protection des biens culturels au sein du marché intérieur (« *La circulation des biens culturels dans l'Union européenne entre contestation et encadrement* »). À l'inverse, Andrea Valentina Dias Bolivar démontre la manière dont des instruments de pression économique permettant aux pays développés d'impulser des changements auprès d'États moins puissants peuvent faire l'objet d'usages dévoyés, et servir un objectif de coercition politique (« *The U.S. unilateral coercive measures imposed in Latin America. A study based on the experience of Cuba, Nicaragua, and Venezuela* »).

In fine, si la souplesse des instruments juridiques ressort de façon unanime de ces trois contributions, leur déformation apparaît comme un dangereux revers de la médaille. Il ne reste donc qu'à souhaiter pour 2023 de meilleurs usages ... Je profite de ces dernières lignes pour remercier nos trois contributrices et contributeurs, ainsi que l'ensemble des membres du comité de lecture, sans qui cette publication n'existerait pas. Je remercie enfin l'ensemble des éditeurs de la Revue pour leur travail, et vous souhaite à toutes et à tous d'excellentes fêtes de fin d'année.

Anne-Charlotte Cervello

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

EDITORIAL: LEGAL TOOLS, FLEXIBILITY OR DEVIATION?

As we look back on the year 2022, it clearly appears as a year of rare wealth in terms of legal news, and it is difficult to single out the most striking elements. On the one hand, some shocking and - we hoped - dazzling events seem to be gradually becoming part of a new form of normality, such as the invasion of Ukraine by Russia. On the other hand, some events were thought to be relatively far from our European concerns but ended up splashing our democracies – such as the "Qatargate", which reveals a massive corruption system, extending to the members of the European Parliament.

Of course, as is often the case, such shocks can be a wake-up call, and provoke a sudden awakening of consciousness. Right after the shock wave caused by the challenge to abortion rights in the United States, it is the turn of Iranian women to rise up in defense of their freedom, at the risk of their lives. These events raise the question of the protection of these fundamental rights by law. In France, the answer was to include the right to abortion in the Constitution¹. But the legal tools that guarantee the respect of individual rights at all levels are varied.

It is this diversity that we questioned at the occasion of the conference on "*The emergency and the law*", organized at the beginning of September by the Sorbonne Student Law Review. It was an opportunity for young researchers to exchange on legal tools provided by different fields and their adaptability to the emergency related to national and global issues. Although the transcripts are not included in this edition - we will have to wait for our next issue - the contributions made by our authors this semester give some hints in relation to this topic, and highlight the flexibility of legal mechanisms, which find varied - and sometimes unexpected - applications.

For instance, Anastasios Lafaras addresses the opportunity to put a private dispute resolution mechanism - commercial arbitration - at the service of general interest, especially when efficiency imperatives require it. Thus, arbitral tribunals are now allowed to rule on competition law issues ("*La place de l'arbitrage dans l'indemnisation des pratiques anticoncurrentielles*"). In the same way, Clara Grudler evokes the flexibility of European Union law and its permeability with respect to international law, through the establishment of an inter-

¹ Proposal for a Constitutional law adopted by the National Assembly to protect and guarantee the fundamental right to abortion, November 24th, 2022.

institutional dialogue aimed at resolving the issue of cultural goods protection *versus* free circulation of goods among EU States ("*La circulation des biens culturels dans l'Union européenne entre contestation et encadrement*"). Conversely, Andrea Dias Bolivar demonstrates how instruments of economic pressure that allow developed countries to push for changes in less powerful States can be misused to serve a political coercion objective ("*The U.S. unilateral coercive measures imposed in Latin America. A study based on the experience of Cuba, Nicaragua, and Venezuela*").

In the end, if the flexibility of legal instruments is unanimous in these three contributions, their distortion appears as a dangerous downside. We can only hope for wiser practices from 2023 onwards. I will conclude by thanking our three contributors, as well as all the members of the reading committee, without whom this publication would not exist. Finally, I would like to thank all the editors of the Review for their work and wish you all a happy holiday season.

Anne-Charlotte Cervello

Editor-in-Chief – PhD student, Sorbonne Law School

**LA PLACE DE L'ARBITRAGE DANS L'INDEMNISATION DES PRATIQUES
ANTICONCURRENTIELLES**

Anastasios Lafaras*

Table of content/Table des matières

INTRODUCTION	9
1. L'ARBITRABILITE DES ACTIONS PRIVEES FONDEES SUR LE DROIT DE LA CONCURRENCE : UN ELARGISSEMENT BIENVENU.....	11
1.1. L'OUVERTURE DE LA VOIE D'ARBITRABILITE EN MATIERE DE CONCURRENCE AUX ÉTATS-UNIS 12	
1.2. LA TENDANCE <i>IN FAVOREM ARBITRANDUM</i> DANS L'UE ET SES ÉTATS MEMBRES.....	14
2. LE CONTROLE ETATIQUE AUX SENTENCES ARBITRALES PORTANT SUR LE DROIT DE LA CONCURRENCE : UNE MISE EN BALANCE NECESSAIRE.....	17
2.1. LE CONTROLE MINIMALISTE TRADITIONNEL INCAPABLE DE SAUVEGARDER L'ORDRE PUBLIC CONCURRENTIEL 18	
2.2. L'ALTERNATIVE PREFERABLE DE LA DOCTRINE DU « SECOND REGARD ».....	21
CONCLUSION	25

* Trainee Lawyer, *Watson Farley & Williams*, Athènes (Grèce).

Abstract

The appropriateness of arbitration for the resolution of private disputes is unquestionable. Complications emerge as soon as it becomes apparent that a “private” dispute may involve matters of broader public interest. This is the case with private actions in competition law. In view of the importance of these claims for the furthering of the public interest, are arbitrators entitled to adjudicate them? In other words, are disputes involving competition law arbitrable? In the affirmative, the role of state courts comes into play. What is the appropriate level of scrutiny that a state court shall apply with regards to an arbitral award resolving issues of competition law? Are state judges empowered – or even obliged – to impose their proper competition analysis on the dispute at hand or should they afford deference to the tribunal’s reasoning? It is these questions that the present article attempts to answer. It does so by comparing the solutions given by US and EU courts on these two crucial issues for the relationship between arbitration and competition law: arbitrability and standard of review.

Résumé

Le caractère approprié de l’arbitrage pour la résolution des litiges privés est incontestable. Des complications surviennent dès qu’il apparaît qu’un litige « privé » implique des questions relevant de l’intérêt général. C’est le cas des actions privées fondées sur le droit de la concurrence. Au vu de l’importance de ces actions pour l’intérêt général, les arbitres sont-ils bien placés pour en connaître ? Autrement dit, les actions privées fondées sur le droit de la concurrence sont-elles arbitrables ? En cas de réponse affirmative, le rôle des juridictions étatiques entre en jeu. Quelle est l’intensité appropriée du contrôle que le juge étatique doit opérer face à une sentence arbitrale relevant du droit de la concurrence ? A-t-il le pouvoir – ou même l’obligation – d’imposer sa propre analyse concurrentielle en l’espèce ou doit-il exercer un contrôle minimaliste ? C’est à ces questions que le présent article essaie de répondre. À cet effet, nous comparons les solutions données par les juridictions états-uniennes et européennes sur les deux points cruciaux pour la relation entre arbitrage et concurrence : l’arbitrabilité et l’étendue du contrôle.

INTRODUCTION

La mise en œuvre du droit de la concurrence dans la sphère privée est considérée comme une clef de voûte de la politique de la concurrence, car elle permet aux victimes des pratiques anticoncurrentielles d'être indemnisées pour le préjudice qu'elles ont subi¹. Normalement cette mise en œuvre se déroule devant les juridictions étatiques. Néanmoins, saisir la justice étatique n'est pas la seule voie disponible ; on peut bien supposer qu'un ou plusieurs arbitres choisis par les parties soient mieux placés pour trancher un tel litige grâce à leur expertise, la confidentialité, la flexibilité et la vitesse de la procédure arbitrale.

En pratique, l'arbitre peut connaître d'une question liée à une pratique anticoncurrentielle soit à titre principal – par exemple, lorsque une entreprise réclame la réparation d'un dommage auprès d'une autre entreprise ayant abusé de sa position dominante – soit à titre incident – à l'occasion par exemple d'un litige contractuel où la partie défenderesse refuse d'exécuter ses obligations émanant d'une clause contractuelle jugée nulle en vertu de l'article 101 du Traité pour le fonctionnement de l'Union Européenne (« TFUE »)². Notamment dans le deuxième cas, confier à l'arbitre le pouvoir de statuer sur les matières du droit de la concurrence présente, de plus, l'avantage de concentration du litige, en ce que toutes les questions sont résolues dans le cadre de la même procédure « *one-stop adjudication* »³.

De surcroît, le choix de l'arbitrage se trouve fréquemment dans les décisions de la Commission européenne qui autorisent une concentration sous condition d'engagements comportementaux (ex : octroi d'accès à une infrastructure contrôlée par les entreprises en cause) ou structurels (ex : cession d'une branche d'activité à un tiers)⁴. Les entreprises qui acceptent une telle décision de la Commission, consentent simultanément à l'arbitrage pour la résolution des litiges relatifs à l'exécution des engagements. Dès lors, tout tiers bénéficiaire qui croit avoir subi un préjudice à cause d'une mauvaise exécution des engagements peut engager

¹ C'est pourquoi la Commission européenne a pris plusieurs initiatives (v. notamment le Livre Vert du 19.12.2005 COM(2005) 672 final) qui sont aboutis à la Directive 2014/104/UE JO L 349 du 5.12.2014, 1 qui vise à promouvoir les actions en dommages et intérêts relatives aux infractions des règles européennes de la concurrence.

² M. Fontmichel, « L'application du droit de la concurrence par le tribunal arbitral », *AJCD*, 2014, n. 5, pp. 204-207.

³ V. M. Audit, S. Bollée, P. Callé, *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, LGDJ, 3e éd., 2019, n° 878.

⁴ Communication de la Commission concernant les mesures correctives recevables conformément au règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil et au règlement (CE) n° 802/2004 de la Commission, 2008/C 267/01, §66. V. également les décisions citées par A. Komninos et M. Kamvysi, 'Arbitration and EU Competition Law: Latest Developments', in C. Lemaire and F. Martucci (dir), *Liber Amicorum Laurence Idot*, Vol I, Concurrences, 2022, p. 419.

une procédure arbitrale à l'encontre des entreprises débitrices⁵. Cette externalisation⁶ de surveillance des engagements permet alors une économie de ressources importante pour les autorités et les juridictions nationales, tout en offrant aux acteurs du marché un mécanisme de résolution des différends rapide, efficace et dénationalisé⁷.

Or, malgré ces avantages potentiels, il faut rappeler que, contrairement à l'arbitrage qui, étant un mode de résolution des litiges librement choisi par les parties, vise à servir leurs propres intérêts privés, le droit de la concurrence relève de l'intérêt général : sa raison d'être est essentiellement le bien-être du consommateur *sensu lato* par le biais du propre fonctionnement du marché⁸. Cette remarque ne vaut pas moins pour sa mise en œuvre dans la sphère privée : bien que les victimes visent principalement leur propre indemnisation, elles agissent simultanément comme des « gardiens », en quelque sorte, de la concurrence effective, en ce qu'une action privée peut produire des effets dissuasifs bien au-delà des parties impliquées dans le litige⁹.

Ainsi, attribuer aux arbitres la compétence de se prononcer sur des matières si importantes pour l'intérêt général soulève sans doute des tensions. Ces tensions sont manifestées d'abord au niveau de l'arbitrabilité : est-ce que l'intérêt général exclut l'arbitrabilité en matière de concurrence ? Une fois que l'arbitrabilité est admise, on se tourne vers la portée du contrôle étatique sur la sentence : est-ce que le juge peut examiner *de novo* le fond d'une sentence arbitrale portant sur le droit de la concurrence ? Ou, au contraire, faut-il accorder un degré de retenue considérable à l'égard de l'arbitre ?

⁵ D. Théophile et G. Aubron, « L'arbitrage dans les engagements en matière de concurrence », *AJCD*, 2014, n. 5, pp. 212-215 ; L. Idot « Arbitrage et droit de l'Union européenne. Retour sur quelques développements récents », *Revue de l'Arbitrage*, 2016, n. 2, pp. 471-492, p. 477.

⁶ Elle ne s'agit pas pourtant d'une externalisation complète : si l'arbitre a le pouvoir de tirer de conséquences civiles, les autorités demeurent seules compétentes d'infliger d'amendes ou de retraiter la décision donnant feu vert à la concentration.

⁷ D. Théophile et G. Aubron, « L'arbitrage dans les engagements... », art. cité.

⁸ Comme l'avocat général A. Rantos l'expose dans ses conclusions dans l'affaire C-377/20, *Servizio Elettrico Nazionale*, ECLI:EU:C:2021:998, §96 « la sauvegarde d'une structure de concurrence effective est intrinsèquement liée à une finalité ultime, à savoir la protection des consommateurs. En ce sens, ces règles visant à assurer que la concurrence ne soit pas faussée dans le marché intérieur ont pour finalité ultime d'accroître le bien-être du consommateur. ». V. également D. Bosco et C. Prieto, *Droit européen de la concurrence*, Bruylant, 2013, p. 201 ; J.C Roda, « Réflexions sur les objectifs du droit français de la concurrence », *Dalloz*, 2018, n. 27, p. 1504-1510.

⁹ V. par excellence, l'affaire C-453/99 *Courage Ltd v Bernard Crehan and Bernard Crehan v Courage Ltd and Others* ECLI:EU:C:2001:465, §27: 'actions for damages before the national courts can make a significant contribution to the maintenance of effective competition in the [Union]'.

C'est à ces questions que cet article cherche à répondre. En commençant par l'arbitrabilité des actions privées fondées sur le droit de la concurrence¹⁰, on constate que son élargissement tant aux États-Unis qu'en Europe est désormais admis (1). Cependant, cet élargissement doit être mis en balance par un contrôle étatique plus exigeant que celui habituellement exercé sur les sentences arbitrales (2). De cette façon, un juste équilibre peut être atteint entre la liberté des parties d'avoir leur litige soumis à l'arbitre de leur choix d'un côté, et l'intérêt général lié à la mise en œuvre effective du droit de la concurrence dans la sphère privée d'un autre côté.

1. L'ARBITRABILITE DES ACTIONS PRIVEES FONDEES SUR LE DROIT DE LA CONCURRENCE : UN ELARGISSEMENT BIENVENU

Le concept de l'arbitrabilité implique la faculté attachée à l'objet d'un litige¹¹ d'être résolu par voie de l'arbitrage¹². Il s'agit, en d'autres termes, d'un filtre posé par la loi qui sert à délimiter les litiges que les parties peuvent soumettre à la compétence des arbitres¹³. Par voie de conséquence, si un litige est inarbitrable, l'arbitre doit se déclarer incompétent pour en connaître, même si les parties ont compromis¹⁴. De façon corollaire, si, malgré l'inarbitrabilité du litige, le tribunal arbitral rend une sentence, celle-ci risque d'être annulée ou de n'être pas exécutée¹⁵.

L'importance de déterminer les contours de l'arbitrabilité est donc primordiale. Or, les contours de cette arbitrabilité varient d'un État à l'autre¹⁶. Bien qu'on puisse identifier un noyau

¹⁰ En absence de controverse sur l'arbitrabilité en matière d'exécution des engagements, celle-ci est dès lors exclue de l'analyse.

¹¹ Vu que l'accent est mis sur l'objet du litige, ce concept est également nommé « arbitrabilité objective » ou « arbitrabilité *ratione materiae* » pour bien faire la distinction avec le concept d'« arbitrabilité subjective » ou « arbitrabilité *ratione personae* », qui détermine la capacité des personnes de compromettre, v. C. Seraglini et J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, LGDJ, 2^{ème} éd, 2019, n° 636.

¹² J. B. Racine, *Droit de l'arbitrage*, PUF, 2016, §219. Comparez L. Avout, « L'arbitrabilité sous conditions », in C. Lemaire et F. Martucci (dir.), *Liber Amicorum Laurence Idot*, Vol I, Concurrences, 2022, p. 180 d'après qui « l'arbitrabilité correspond à la licéité du règlement privatisé d'un type de litige donné ». V. aussi l'article II(1) de la Convention de New York 1958 qui exige que la convention d'arbitrage porte sur une question « susceptible d'être réglée par voie d'arbitrage » afin qu'elle (la convention) soit valide.

¹³ N. Blackaby et al, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 2015, 6th edn, OUP, n° 2.124 ; C. Seraglini et J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage...*, *op.cit.*, n° 636. V. également la définition donnée par T. E. Carbonneau and F. Janson, 'Cartesian Logic and Frontier Politics: French and American Concepts of Arbitrability' *Tulane Journal of International and Comparative Law*, 1994, vol. 2, pp. 193-222, p. 194: '[arbitrability] determines the point at which the exercise of contractual freedom ends and the public mission of adjudication begins'.

¹⁴ G. Born, *International Commercial Arbitration*, Wolters Kluwer, 2014, 2nd edn, vol I, §6.01; J.B. Racine, *op.cit.*, n° 2019.

¹⁵ V. l'article V(2)(a) de la Convention de New York 1958 qui prévoit qu'un pays peut refuser la reconnaissance ou l'exécution d'une sentence si « d'après la loi de ce pays, l'objet du différend n'est pas susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage ».

¹⁶ Pour les différents lois potentiellement applicables à la question de l'arbitrabilité, v. B. Hanotiau, 'What Law Governs the Issue of Arbitrability?', *Arbitration International*, 1996, vol. 12, n. 4, pp. 391-2; L. Mistelis, 'Is Arbitrability a National or an International Law Issue?' in L. Mistelis and S. Brekoulakis (eds.), *Arbitrability:*

commun des matières commerciales indéniablement arbitrables, plus une matière touche l'intérêt général, plus il est difficile de préciser son arbitrabilité¹⁷. Les matières de concurrence, plus particulièrement, à cause de leur rôle crucial pour l'ordre économique de chaque pays¹⁸, trouvent leur place dans cette zone grise.

À ce propos, il convient d'examiner comment l'arbitrabilité en matière de concurrence a été conçue par les deux plus grands systèmes du droit de la concurrence, *i.e.* les États-Unis (1.1) et l'Union Européenne (1.2).

1.1. L'ouverture de la voie d'arbitrabilité en matière de concurrence aux États-Unis

Traditionnellement, le droit fédéral des États-Unis prohibait l'arbitrage des actions fondées sur le *Sherman Act*¹⁹, *i.e.* la loi visant à protéger la concurrence libre et non-fauscée²⁰. Dans l'arrêt classique *American Safety Equipment*,²¹ la Cour d'appel (deuxième circuit) a considéré que le droit « *anti-trust* » n'est pas une affaire strictement privée, parce qu'il vise à protéger le bienfait national dans une économie du marché. Ainsi, compte-tenu de l'intérêt général pour la mise en œuvre du droit de la concurrence même dans la sphère privée, la Cour a admis que les actions *anti-trust* sont « inappropriées pour l'arbitrage »²². D'ailleurs, elle a ajouté que les litiges portant sur le droit de la concurrence exigent une analyse économique sophistiquée et approfondie, face à laquelle la procédure arbitrale est mal adaptée.

Quelques années plus tard, la Cour Suprême a opéré un revirement de jurisprudence. Dans une affaire célèbre, dite *Mitsubishi*²³, la Cour Suprême a admis l'arbitrabilité des actions fondées sur le *Sherman Act*. Elle a justifié ce revirement jurisprudentiel d'abord sur la base de la courtoisie internationale, du respect pour les capacités des tribunaux internationaux et de la nécessité de la prévisibilité dans le domaine de la résolution des différends du commerce

International and Comparative Perspectives, Kluwer Law International, 2009, p. 1; S. Brekoulakis, 'Law Applicable to Arbitrability: Revisiting the Revisited Lex Fori' in L. Mistelis and S. Brekoulakis (eds.), *op.cit.*, p. 99.

¹⁷ C. Seraglini et J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage...*, *op.cit.*, n° 655.

¹⁸ V. J.B. Racine, « Droit économique et lois de police », *Revue internationale de droit économique*, 2010, n. 1, pp. 61-79, p. 65.

¹⁹ 15 USC §1 et seq.

²⁰ G. Born, *International Commercial Arbitration*, *op. cit.*, §6.04[A]; L. Sopata, 'Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc: International Arbitration and Antitrust Claims', *Northwestern Journal of International Law & Business*, 1986, vol. 7, n. 3, pp. 595-617, pp. 596-7; T. J. Brewer, 'The Arbitrability of Antitrust Disputes: Freedom to Contract for an Alternative Forum', *Antitrust Law Journal*, 1997, vol. 66, n. 1, pp. 91-126, pp. 93-4.

²¹ *American Safety Equipment Corp v J.P. McGuire & Co* (1968) 391 F2d 821.

²² *Ibid* ('the pervasive public interest in enforcement of the antitrust laws, and the nature of the claims that arise in such cases, combine to make [...] antitrust claims [...] inappropriate for arbitration').

²³ *Mitsubishi Motors Corp v Soler Chrysler-Plymouth Inc* (1984) 473 US 614.

international²⁴. Le raisonnement en faveur de l'arbitrabilité est ainsi clairement limité aux litiges du commerce international²⁵.

Ensuite, bien que la Cour ait admis l'importance des actions privées pour la pénalisation et la dissuasion des pratiques anticoncurrentielles, elle a souligné que l'action privée demeure un recours privé dont la finalité primaire est d'indemniser le préjudice que la victime a subi²⁶. Le caractère privé de ce recours est, en outre, corroboré par le fait que la victime n'est pas obligée de poursuivre son recours en justice²⁷. *A maiore ad minus*, la victime peut valablement choisir la détermination non judiciaire de ses droits²⁸. En tout cas, en acceptant de soumettre une telle action à l'arbitrage, une partie ne renonce pas à ses droits substantiels ; elle opte justement pour que ceux-ci soient jugés par un tribunal arbitral au lieu des tribunaux étatiques²⁹.

Quant aux compétences des arbitres, la Cour a adopté une position moins hostile en présumant que les parties vont nommer des arbitres spécialisés pour apprécier l'affaire en cause³⁰. De plus, elle a admis que la procédure arbitrale est bien adaptée pour résoudre les litiges complexes du droit *anti-trust*, grâce à la participation des témoins experts³¹.

Le revirement jurisprudentiel de la Cour Suprême des États-Unis a été favorablement accueilli par la doctrine³². Celle-ci a souligné la confiance que les juges américains ont montré

²⁴ *Ibid.*, 629.

²⁵ Depuis lors la jurisprudence américaine a évolué en ce qu'elle admet également l'arbitrabilité des actions découlant des transactions domestiques. V. la jurisprudence citée par T. J Brewer, *The Arbitrability of Antitrust Disputes...*, art. cité pp. 99 et suiv.

²⁶ *Mitsubishi*, précit., 635 ('[n]otwithstanding its important incidental policing function, the treble-damages cause of action conferred on private parties [...] seeks primarily to enable an injured competitor to gain compensation for that injury').

²⁷ *Ibid.*, 636 ('the antitrust cause of action remains at all times under the control of the individual litigant: no citizen is under an obligation to bring an antitrust suit').

²⁸ *Ibid.*, 636 ('[i]t follows that, at least where the international cast of a transaction would otherwise add an element of uncertainty to dispute resolution, the prospective litigant may provide in advance for a mutually agreeable procedure whereby he would seek his antitrust recovery as well as settle other controversies').

²⁹ *Ibid.*, 628 ('[b]y agreeing to arbitrate a statutory claim, a party does not forgo the substantive rights afforded by the statute; it only submits to their resolution in an arbitral, rather than a judicial, forum').

³⁰ *Ibid.*, 633 ('[t]he anticipated subject matter of the dispute may be taken into account when the arbitrators are appointed').

³¹ *Ibid.*, 633 ('arbitral rules typically provide for the participation of experts either employed by the parties or appointed by the tribunal').

³² G. Bermann, « L'émergence de la faveur judiciaire à l'arbitrage: Mitsubishi Motors Corp. c. Soler Chrysler-Plymouth Inc » in H. Muir Watt et al (eds.), *Le tournant global en droit international privé*, Pedone, 2020, p. 153 ; V. Korzun, 'Arbitrating Antitrust Claims: From Suspicion to Trust', *New York University Journal of International Law and Politics*, 2016, vol. 48, pp. 867-932, p. 903; L.G. R. di Brozolo, 'Arbitration and Competition Law: The Position of the Courts and of Arbitrators', *Arbitration International*, 2011, vol. 27, n. 11, pp. 1-26, p. 3; J. Bridgeman, 'The Arbitrability of Competition Law Disputes', *European Business Law Review*, 2008, vol. 19, n. 1, pp. 147-174, p. 154; J-H. Moitry, « Arbitrage international et droit de la concurrence: vers un ordre public de la lex mercatoria ? », *Revue de l'Arbitrage*, 1989, n. 1, pp. 3-36, p. 22; S. Jarvin, 'Arbitrability of Anti-Trust Disputes: The Mitsubishi v. Soler Case', *Journal of Int'l Arb*, 1985, vol. 2, n. 3, pp. 69-82, p. 69. Contra L. Sopata, 'Mitsubishi...', art. cité, p. 614 ('[t]he interest of maintaining economic competition is jeopardized when the judiciary does not retain jurisdiction over antitrust disputes. Placing power in the hands of arbitrators not restrained

à l'égard de l'arbitrage international³³. Il s'agissait d'un véritable changement de paradigme, qui a suscité un courant jurisprudentiel en faveur de l'élargissement de l'arbitrabilité même au-delà des frontières américaines³⁴. Ce courant a été favorablement reçu en Europe où tant la Cour de justice que les juridictions nationales ont progressivement admis l'arbitrabilité en matière de concurrence.

1.2. La tendance *in favorem arbitrandum* dans l'UE et ses États membres

L'arbitrabilité des actions fondées sur le droit de la concurrence a été indirectement affirmée par la Cour de justice des Communautés européennes (« CJCE ») dans le célèbre arrêt *Eco Swiss*³⁵. Dans le cadre de cette affaire, la Cour Suprême néerlandaise (*Hooge Raad*) a demandé à la CJCE si le juge national devait annuler une sentence arbitrale dès lors que celle-ci n'était pas conforme aux règles européennes de la concurrence, alors que ni les parties ni les arbitres n'avaient invoqué lesdites règles³⁶.

La CJCE a répondu par l'affirmative. D'abord, elle a considéré que les règles européennes de la concurrence sont fondamentales pour le fonctionnement du marché intérieur³⁷ et, par voie de conséquence, ces règles sont qualifiées de dispositions d'ordre public au sens de la législation nationale et de la Convention de New York de 1958³⁸. Ensuite, elle a estimé que l'intérêt à l'interprétation uniforme des dispositions du droit européen exige que celles-ci puissent être examinées par les juridictions nationales et, le cas échéant, faire l'objet d'un renvoi préjudiciel devant la Cour³⁹.

En statuant ainsi, la CJCE a non seulement affirmé l'arbitrabilité des actions fondées sur le droit de la concurrence européen, mais elle a aussi imposé aux arbitres le devoir d'examiner *ex officio* les questions de concurrence qui peuvent surgir pendant un procès arbitral⁴⁰, en ce sens que la force exécutoire de la sentence sur le sol européen exige la

by formal legal procedures in their decision making is inappropriate'); L. von Zumbusch, 'Arbitrability of Antitrust Claims under U.S., German, and EEC Law: The International Transaction Criterion and Public Policy', *Texas International Law Journal*, 1987, vol. 22, n. 2-3, pp. 291-330, p. 301.

³³ S. Jarvin, 'Arbitrability of Anti-Trust Disputes...', art. cité, p. 89; V. Korzun, 'Arbitrating Antitrust Claims...', art. cité, p. 903.

³⁴ G. Cordero-Moss, 'Court Control on Arbitral Awards: Public Policy, Uniform Application of EU Law and Arbitrability' in A. Calissendorff and P. Schöldström (eds.), *Stockholm Arbitration Yearbook 2020*, Kluwer Law International, 2020, p. 204 ('[t]he Mitsubishi decision introduced an era of constant expansion for arbitrability').

³⁵ Affaire C-126/97 *Eco Swiss China Time Ltd v Benetton International NV* ECLI:EU:C:1999:269.

³⁶ *Ibid.*, §30.

³⁷ *Ibid.*, §36.

³⁸ *Ibid.*, §39.

³⁹ *Ibid.*, §40.

⁴⁰ F. O. Scarpulla and Q. Fu, 'Thinking globally about recovery actions in international cartel cases', *Journal of Antitrust Enforcement*, 2015, vol. 3, n. 2, pp. 363-390, p. 389; S. Bariatti, 'Arbitration and Antitrust : An overview

conformité de celle-ci avec le droit de la concurrence, indépendamment de l'attitude procédurale des parties⁴¹.

Le vote de confiance des juridictions de l'UE, cette fois-ci à l'arbitrage sportif, a été récemment renouvelé dans l'affaire *International Skating Union*⁴². Dans sa décision à l'origine de cette affaire⁴³, la Commission a considéré que la résolution des litiges entre les patineurs et l'Union Internationale de Patinage (« IUP ») par la voie de l'arbitrage devant le Tribunal Arbitral du Sport (« TAS ») constituait « une situation aggravante », au sens du point 26 des lignes directrices pour le calcul des amendes⁴⁴, dans la mesure où elle renforçait les règles d'éligibilité de l'ISU⁴⁵ qui, d'après l'analyse concurrentielle de la Commission, violaient l'article 101 TFUE en tant que restrictions par l'objet⁴⁶. Pourtant, le Tribunal de l'Union Européenne a rejeté l'argumentation de la Commission en statuant que l'arbitrage peut se justifier en l'espèce « par des intérêts légitimes liés à la spécificité du sport »⁴⁷, et qu'en tout état de cause, les victimes des pratiques anti-concurrentielles peuvent saisir soit les autorités nationales de la concurrence soit les juridictions nationales dans le cadre d'un recours en

of EU and national case law', *e-Competitions Arbitration & Antitrust*, 10 juillet 2012, Art. N° 67666; T. D. de Groot, 'The Ex Officio Application of European Competition Law by Arbitrators' in G. Blanke and P. Landolt (eds.), *EU and US Antitrust Arbitration: A Handbook for Practitioners*, Kluwer Law International, 2011, p. 567; A. Komninos, 'Arbitration and EU Competition Law', SSRN, <<https://ssrn.com/abstract=1520105>>, 2009; G. Blanke, 'Defining the Limits of Scrutiny of Awards Based on Alleged Violations of European Competition Law', *Journal of International Arbitration*, 2006, vol. 23, n. 3, p. 249-257, pp. 251-253; B. Von Mehren, 'The Eco-Swiss Case and International Arbitration' *Arbitration International*, 2003, vol. 19, n. 4, pp. 465-470, p. 468; L. Idot, « Note - Cour de justice des Communautés européennes 1er juin 1999 - Eco Swiss China Time Ltd v. Benetton International », *Revue de l'Arbitrage*, 1999, n. 3, pp. 639-654, 648-51.

⁴¹ Plus précisément, c'est l'obligation des arbitres de rendre une sentence exécutoire qui impose ce devoir. V. L. Ilie and A. Seow, 'International Arbitration and EU Competition Law Complement Rather than Contradict One Another', *Journal of International Arbitration*, 2017, vol. 34, n. 6, pp. 1007-1038, p. 1020 ('[t]he CJEU did not impose any direct legal duty or obligation on arbitrators to raise EU competition law ex officio. Rather, it recommends that arbitrators do so in order to protect the 'quality' of the award, in the event that the award is subject to review on the grounds of public policy'); S. Dempegiotis, 'EC competition law and international commercial arbitration: A new era in the interplay of these legal orders and a new challenge for the European Commission' *Global Antitrust Review*, 2008, pp. 135-148, p. 142 ('it is fair to argue that Community law imposes no direct legal duty or obligation upon arbitrators to raise and apply EC competition law ex officio. The ECJ simply recommends in Eco Swiss that arbitrators do so in order to protect the status and quality of their award in light of the public policy defence').

⁴² Affaire T-93/18 *International Skating Union c Commission européenne* ECLI:EU:T:2020:610.

⁴³ *International Skating Union's Eligibility rules* (Case AT.40208) Commission Decision C(2017) 8240 final.

⁴⁴ Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, sous a), du règlement (CE) 1/2003, JO C 210 du 1.9.2006, pp. 2-5.

⁴⁵ En détail, ces règles prévoient des sanctions allant jusqu'à l'exclusion à vie de toute compétition organisée par l'UIP, si un patineur participe dans une compétition non autorisée par l'UIP.

⁴⁶ Pour la Commission ce renforcement se produit parce que les juridictions des États-membres n'ont pas l'occasion d'évaluer la conformité de la sentence arbitrale aux règles de la concurrence, compte tenu que, le TAS ayant son siège en Suisse, c'est le Tribunal Fédéral Suisse qui est compétent pour en connaître un recours en annulation et que la nature auto-exécutoire des décisions d'éligibilité rend futile une procédure de non-reconnaissance dans les États-membres (v. AT.40208, préc., §§271-272).

⁴⁷ T-93/18, préc., §156.

indemnité, aucune d'elles n'étant liée par les appréciations du TAS en matière de concurrence⁴⁸. De cette manière, le Tribunal a confirmé la conformité des litiges sportifs au droit de l'Union – même lorsqu'ils soulèvent des préoccupations au regard du droit de la concurrence⁴⁹.

Au niveau national, un grand nombre de juridictions nationales d'États membres de l'Union européenne a également statué en faveur de l'arbitrabilité en matière de concurrence⁵⁰. L'arrêt *Labinal* rendu par la Cour d'appel de Paris est, en ce sens, particulièrement instructif⁵¹. Dans un premier temps, le juge français a clarifié que l'arbitrabilité d'un litige n'est pas exclue pour la seule raison qu'une règle d'ordre public international – comme les règles européennes de la concurrence – s'applique en l'espèce⁵². Dans un deuxième temps, la Cour a admis que l'arbitre, alors qu'il ne lui est pas permis de prononcer des injonctions et des amendes, a le pouvoir de prononcer *ex officio* des sanctions civiles, telles que l'annulation du contrat ou l'attribution des dommages et intérêts, lorsqu'il constate que le comportement en cause viole les articles 101 et 102 TFUE⁵³.

La question qui se pose ensuite est de savoir si l'arbitre peut également appliquer l'article 101(3) TFUE. Ledit article prévoit qu'une entente *prima facie* restrictive de la concurrence au sens de l'article 101(1) TFUE peut bénéficier d'une exemption individuelle grâce aux effets positifs que l'entente produit néanmoins. Alors que le Règlement 1/2003 mentionne que le juge étatique peut appliquer l'article 101(3) TFUE dans le cadre d'une action privée, il ne fait aucune référence aux arbitres⁵⁴. Cependant, cette lacune ne doit pas être perçue

⁴⁸ *Ibid.*, §§159-60.

⁴⁹ A. Komninos and M. Kamvysi, 'Arbitration and EU Competition Law...', *op. cit.*, p. 438 ('the General Court clearly chose to favour arbitration in disputes in which competition law issues can emerge').

⁵⁰ V. à titre indicatif : High Court of England and Wales, *Microsoft Mobile OY (Ltd) v Sony Europe Ltd & Ors* [2017] EWHC 374 (Ch); High Court of England and Wales, *ET Plus SA v Welters* [2005] EWHC 2115 ('[t]here is no realistic doubt that such "competition" or "anti-trust" claims are arbitrable'); Cour d'Appel de Paris, *European Gas Turbine c Westman*, 30 septembre 1993, *Revue de l'Arbitrage*, 1994, p. 359; Cour d'Appel de Paris, *Société Aplix c Société Velcro*, 14 octobre 1993, *Revue de l'Arbitrage*, 1994, p. 165; Cour de Cassation, *SNF c Cytec*, 4 juin 2008, *Revue de l'Arbitrage*, 2008, p. 473; LG Dortmund, Urteil vom 13 September 2017 - 8 O 30/16 [Kart] ('Kartellverstöße und daraus folgende Kartellschadensersatzklagen sind grds. nach deutschem Recht schiedsfähig'); Cour d'Appel de Hague, *Marketing Displays International Inc. v VR Van Raalte Advertising BV*, 25 mars 2005, *Stockholm International Arbitration Review*, 2006, p. 201; Tribunal fédéral suisse, 28 avril 1992, *ASA Bulletin*, 1992, p. 368; Tribunal fédéral suisse, 13 novembre 1998, *ASA Bulletin*, 1999, p. 529; Cour d'Appel de Bologne, 11 octobre 1990, *Rivista dell'Arbitrato*, 1990, p. 77. V. aussi l'affirmation d'A. Komninos, 'Arbitration and EU Competition Law', art. cité, p. 8 '[t]he arbitrability of competition law-related disputes can now be considered [...] a transnational principle'.

⁵¹ Cour d'Appel de Paris, *Société Labinal c Sociétés Mors et Westland Aerospace*, 19 mai 1993, *Revue de l'Arbitrage*, 1993, p. 645. Le même raisonnement a été subséquemment suivi par la Cour d'Appel de Paris dans l'affaire, *Société Aplix c Société Velcro*, 14 octobre 1993, *Revue de l'Arbitrage*, 1994, p. 164.

⁵² Comparez Cour de Cassation (chambre civile), *Tissot*, 28 novembre 1950, *Revue de Droit Civil*, 1951, p. 106.

⁵³ Ch. Jarronson, « Note - Cour d'appel de Paris (1re Ch. A) 19 mai 1993 - Société Labinal v. Sociétés Mors et Westland Aerospace » *Revue de l'Arbitrage*, 1993, p. 653 ; J.B. Racine, *Droit de l'arbitrage...*, *op. cit.*, n° 173.

⁵⁴ Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité OJ L 1, 4.1.2003, 1

en tant que règle prohibitive. L'article 101(3) TFUE est un élément indissociable du droit de la concurrence européen, qui assure son application raisonnable. Donc, si on s'accorde sur le fait que l'arbitre doit *ex officio* appliquer les règles européennes de la concurrence, il faut également qu'il puisse appliquer l'article 101(3) TFUE⁵⁵. Affirmer le contraire pourrait en outre entraîner une fragmentation du contentieux en ce que l'arbitre doit déférer les questions liées à l'application dudit article au juge national⁵⁶.

Dès lors, force est de constater le pouvoir élargi de l'arbitre quant à l'application du droit de la concurrence. En effet, son pouvoir n'apparaît pas différencié par rapport à celui du juge étatique saisi d'une action privée⁵⁷. Toutefois, l'arbitrage demeure un mode de règlement de différends privé. Il est donc essentiel d'analyser comment les sentences arbitrales portant sur une matière si importante pour l'intérêt général sont contrôlées par les juridictions étatiques.

2. LE CONTROLE ETATIQUE AUX SENTENCES ARBITRALES PORTANT SUR LE DROIT DE LA CONCURRENCE : UNE MISE EN BALANCE NECESSAIRE

Confier à l'arbitre le pouvoir de statuer sur des infractions relevant du droit de la concurrence ne signifie pas forcément que l'ordre juridique étatique doit accepter n'importe quelle décision de l'arbitre⁵⁸. Le respect de l'ordre public international, *i.e.* des règles et valeurs dont l'ordre juridique d'un État ne saurait souffrir la méconnaissance, même dans un contexte international, fixe les contours de son pouvoir décisionnel⁵⁹. Que les règles de la concurrence relèvent de l'ordre public international n'est plus contesté, au moins au sein de l'UE⁶⁰. Donc,

⁵⁵ L. Ilie and A. Seow, 'International Arbitration and EU Competition Law...', art. cité, pp. 1018-1019; J.B. Racine, *Droit de l'Arbitrage*, *op.cit.*, n° 174; A. Komninos 'Arbitration and EU Competition Law', art. cité, p. 10; S. Dempegiotis, 'EC competition law...', art. cité, p. 140; M. Fontmichel, « L'application... », art. cité ; T. Eilmansberger, 'Die Bedeutung der Art. 81 und 82 EG für Schiedsverfahren' *SchiedsVZ*, 2006, pp. 5-17, p. 8. V. aussi C. Seraglini et J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage...*, n° 664 qui, après avoir mentionné des défis d'ordre procédural quant à l'information et la participation de la Commission européenne à l'arbitrage, conclue en disant que « la question de l'application par l'arbitre de l'article 101(3) TFUE demeure, en pratique au moins, délicate ».

⁵⁶ A. Komninos and M. Kamvysi, 'Arbitration and EU Competition Law...', *op. cit.*, p. 418.

⁵⁷ S. Dempegiotis, 'EC competition law...', art. cité, p. 140 ('thus far the arbitrability of EC competition law appears to have been governed by a single principle: the arbitrators' competence to adjudicate on EC competition law issues must coincide (in terms of scope) with that of national judges'.)

⁵⁸ M. Boucaron-Nardetto, « Le contrôle par le juge étatique de l'ordre public concurrentiel », *AJCA*, 2014, n. 5, p. 208-211.

⁵⁹ Cour d'appel de Paris, *République du Congo c. Société Customs & Tax Consultancy*, 16 mai 2017, *Revue de l'Arbitrage*, 2018, p. 248.

⁶⁰ *Eco Swiss*, préc., §39 ; J.B. Racine, *Droit de l'arbitrage*, *op. cit.*, n° 960 ; M. Boucaron-Nardetto, « Le contrôle... », art. cité ; G. A. Bermann, 'Navigating EU Law and the Law of International Arbitration', *Arbitration International*, 2012, vol. 28, n. 3, p. 397-446, p. 411. Contra Tribunal Fédéral Suisse, *Tensacciai S.P.A v Freyssinet Terra Armata S.R.L.* 4P278/2005, 8 mars 2006, *ASA Bulletin*, vol. 26, n. 3, 2006, p. 550 ('the provisions of competition laws, whatever they may be, do not belong to the essential and broadly recognized values which, according to the concepts prevailing in Switzerland, would have to be found in any legal order').

en cas de mauvaise appréciation par l'arbitre, l'annulation ou le refus de reconnaissance et d'exéquatur peuvent être prononcés au motif de contrariété à l'ordre public⁶¹.

Or, le débat consiste à déterminer l'intensité du contrôle opéré par le juge étatique dans le cadre desdites procédures. En d'autres termes, quel est le niveau de mauvaise appréciation exigé pour que la sentence arbitrale soit privée d'effets ? À côté de l'approche minimaliste traditionnelle (2.1), on constate également l'émergence d'une nouvelle doctrine, dite du « second regard », qui préconise un contrôle plus exigeant (2.2).

2.1. Le contrôle minimaliste traditionnel incapable de sauvegarder l'ordre public concurrentiel

La position jurisprudentielle d'un contrôle minimaliste des sentences arbitrales en droit de la concurrence a été établie en France avec l'arrêt *Thalès* de la Cour d'appel de Paris du 18 novembre 2004⁶². En l'espèce, la société Thalès a demandé l'annulation d'une sentence arbitrale au motif que les arbitres ont méconnu que le contrat en cause était nul au regard de l'article 81 du Traité instituant la Communauté européenne (« TCE ») [désormais article 101 TFUE]. La Cour d'appel, dans un *dictum* devenu célèbre, a exigé que la violation de l'ordre public international soit « flagrante, effective et concrète ». Autrement dit, la violation doit être évidente et pouvoir être constatée sans un examen approfondi⁶³. D'après l'expression que s'approprie la Cour d'appel, la violation doit « crever les yeux ».

En outre, la Cour a ajouté que le juge, bien qu'il puisse « porter une appréciation en droit et en fait sur les éléments qui sont dans la sentence déférée à son contrôle », ne peut pas « statuer au fond sur un litige complexe qui n'a jamais encore été ni plaidé, ni jugé devant un arbitre concernant la simple éventualité de l'illicéité de certaines stipulations contractuelles »⁶⁴.

⁶¹ V. les articles 1514, 1520-5° CPC ; articles 34(2)(b)(ii), 35(1) et 36(1)(b)(ii) de la loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage international (2006) ; V(2)(b) de la Convention de New York 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères.

⁶² Cour d'appel de Paris, *Thalès Air Défense c Euromissile*, 18 septembre 2004, *Revue de l'Arbitrage*, 2004, p. 751.

⁶³ C. Seraglini, « Le contrôle par le juge de l'absence de contrariété de la sentence à l'ordre public international : le passé, le présent, le futur » *Revue de l'Arbitrage*, 2020, p. 347-376, p. 353. V. également L. G. R. di Brozolo, « L'illicéité « qui creve les yeux » : critère de contrôle des sentences au regard de l'ordre public international (à propos de l'arrêt Thalès de la Cour d'appel de Paris) » *Revue de l'Arbitrage*, 2005, p. 529 qui cependant approuve l'approche minimaliste adoptée par la Cour d'appel.

⁶⁴ V. aussi Cour d'appel de Paris, *Linde Aktiengesellschaft et autres c Halyvourgiki AE*, 22 octobre 2009, *Revue de l'Arbitrage*, 2010, p. 124 (note F.X. Train), 127-8 « le juge de l'annulation, s'il peut porter une appréciation en droit et en fait sur les éléments qui sont dans la sentence déférée à son contrôle, ne peut statuer au fond sur un litige complexe non tranché par les arbitres et qui nécessiterait une instruction bien plus complète que celle résultant d'un échange de conclusions devant lui ». Ainsi, la Cour a refusé de « se livrer en l'absence de violation manifeste à une nouvelle analyse des stipulations contractuelles ou de leur conformité aux règles de la concurrence ».

Pour reprendre l'expression de Seraglini, « le contrôle est encadré par la 'sacro-sainte' interdiction de la révision au fond de la sentence »⁶⁵, qui était conçue comme empêchant le juge de reconsidérer l'interprétation ou la qualification retenue par les arbitres⁶⁶. Ayant établi un standard d'annulation si haut, c'est sans surprise que la Cour a refusé l'annulation de la sentence.

L'approche minimaliste a été reprise dans certains arrêts de la Cour de cassation⁶⁷, ainsi que par la jurisprudence d'autres pays européens⁶⁸. Il est évident que l'approche minimaliste vise à sauvegarder la finalité de la sentence arbitrale en prohibant une révision au fond au stade d'un recours en annulation ou d'une procédure de demande de reconnaissance ou d'exéquatur⁶⁹.

Pourtant, on pourrait reprocher à cette approche minimaliste de limiter considérablement les moyens disponibles du juge pour apprécier une violation de l'ordre public⁷⁰. Précisément en matière de concurrence, un examen superficiel ne suffit pas pour apprécier une infraction⁷¹. L'analyse concurrentielle exige une enquête approfondie tant sur les faits donnant lieu au comportement en cause que sur les effets que ce comportement est susceptible de produire dans le marché pertinent⁷². Une telle enquête, à la fois juridique et économique, fait désormais partie intégrante de la mise en œuvre du droit de la concurrence moderne – les concurrentialistes parlent alors de sophistication du droit de la concurrence⁷³. Or, l'approche minimaliste dépouille le juge national des outils qui lui permettront d'appliquer

⁶⁵ C. Seraglini, « Le contrôle... », art. cité, p. 351.

⁶⁶ C. Greenberg, « Le contrôle de la conformité de la sentence à l'ordre public international : les questions en suspens », *Revue de l'arbitrage*, 2022, n. 1, pp. 227-250, p. 231.

⁶⁷ Cour de Cassation, *Société SNF c. Société Cytec Industries BV*, 4 juin 2008, *Revue de l'Arbitrage*, 2008, p. 346 (« seule la reconnaissance ou l'exécution de la sentence est examinée par le juge de l'annulation au regard de la compatibilité de sa solution avec cet ordre public, dont le contrôle se limite au caractère flagrant, effectif et concret de la violation alléguée »).

⁶⁸ V. à titre indicatif : Cour Suprême de Suède (*Högsta domstolen*), *Systembolaget c. The Absolut Company*, 17 juin 2015, *e-Competitions*, 2015, n. 75447 (note S. Klevstrand) ; Cour de Cassation de Grèce (*Areios Pagos*), arrêt 1665/2009, *ICCA Yearbook Commercial Arbitration*, 2009, p. 284 ; Cour d'Appel de Bruxelles, *Cytec Industries BV c SNF SAS*, 22 juin 2009, *Revue de l'Arbitrage*, 2009, p. 574 (note A. Mourre) ; OLG Thüringer, Urteil vom 8 August 2007, 4 Sch 3/06 – *Schott* ; Cour d'appel de Florence, *Nuovo Pignone v Schlumberger*, 21 mars 2006, *Rivista dell'Arbitrato*, 2006, p. 741 ; Cour d'appel de Svea, *Republic of Latvia v. Latvijas Gaze*, T 6730-03, 4 mai 2005. D'après C. Seraglini, « Le contrôle... », art. cité, p. 367 « la tendance minimaliste en matière de contrôle de la conformité de la sentence à l'ordre public s'est imposée en droit comparé ».

⁶⁹ M. Boucaron-Nardetto, « Le contrôle... », art. cité.

⁷⁰ C. Seraglini, « Le contrôle... », art. cité, p. 353. V. aussi J.B. Racine, *Droit de l'arbitrage, op.cit.*, n° 966 qui souligne le risque d'un contrôle « fantôme »

⁷¹ S. Bollée, « De la validité d'une sentence arbitrale au regard de l'ordre public posé par le droit communautaire de la concurrence » *Revue critique de droit international privé*, 2006, n. 1, pp. 104-122, n°7 (« la vérification de la conformité de la sentence à l'ordre public au fond sera *de facto* dépourvue de toute réalité, tant il est dans l'ordre des choses que l'illicéité ne se dévoile pas au premier regard ») ; M. Boucaron-Nardetto, « Le contrôle... », art. cité.

⁷² M. Boucaron-Nardetto, « Le contrôle... », art. cité ; D. Geradin 'Public Policy and Breach of Competition Law in International Arbitration' *Revista del Club Español del Arbitraje*, 2006, n. 27, pp. 133-158, p. 149.

⁷³ D. Bosco et C. Prieto, *Droit européen de la concurrence*, précit., pp. 215 et seq.

le droit de la concurrence moderne dans le cadre du contrôle des sentences arbitrales : en limitant son rôle aux violations « flagrantes », une vaste catégorie des infractions, *i.e.* les restrictions par les effets, échappent complètement au contrôle⁷⁴. En fait, seules les infractions les plus grossières (comme la fixation des prix ou le partage des marchés) peuvent être détectées par un contrôle superficiel⁷⁵. Cette faiblesse de l'approche minimaliste peut évidemment aboutir aux faux négatifs (*i.e.* des restrictions de la concurrence non détectées), lorsque l'arbitre n'a pas constaté une infraction véritable. Cependant, elle peut également produire de faux positifs (*i.e.* des qualifications erronées de restriction de la concurrence), lorsque l'arbitre a sanctionné une infraction prétendue sans l'être véritablement. Restreint dans un contrôle superficiel, le juge national ne peut remédier ni aux uns, parce qu'il ne lui est pas permis d'apprécier les effets du comportement en cause, ni aux autres, car il ne peut non plus examiner les gains d'efficacité justifiant un comportement jugé illicite par l'arbitre.

Bien entendu, une telle proposition empêche l'effectivité du droit de la concurrence et met en péril ses finalités, à savoir le bien-être du consommateur et le fonctionnement efficient du marché intérieur. Or, les juridictions nationales sont tenues par le droit de l'UE d'assurer la pleine efficacité de ses normes ; de façon corollaire, toute pratique juridique mettant en péril cet objectif doit être mise à l'écart⁷⁶. De ce point de vue, il est incertain que l'approche minimaliste adoptée par la France et d'autres juridictions européennes soit conforme au principe d'effectivité du droit de l'UE⁷⁷.

Vu les inconvénients de l'approche minimaliste, une nouvelle approche, dite du « second regard » a fait son apparition dans la jurisprudence et la doctrine. Cette approche mérite notre analyse, afin de constater si elle peut véritablement aboutir à un contrôle étatique

⁷⁴ V. l'argumentation de l'AG Wathelet dans l'affaire C-567/14 *Genentech Inc. c Hoechst GmbH et Sanofi-Aventis Deutschland GmbH* [2016] §65 : « ce contrôle extrêmement limité aurait pour effet de ne concerner que « [les] violations [de l'article 101 TFUE] les plus évidentes, telles que les accords de fixation de prix ou de partage de marché ». Les restrictions par effet échapperaient ainsi complètement au contrôle du juge de l'annulation, puisque la constatation de leur existence nécessiterait un examen plus que minimal du fond de la sentence arbitrale, ce que les juridictions françaises ne pourraient faire. ».

⁷⁵ S. Bollée, « De la validité... », art. cité, note 15.

⁷⁶ Affaire C-106/77 *Amministrazione delle Finanze dello Stato c Simmenthal SpA* ECLI:EU:C:1978:49.

⁷⁷ M. Penades, 'The effectiveness of EU law in arbitration', *Common Market Law Review*, 2020, vol. 57, n. 4, pp. 1069-1106, p. 1095; P. Landolt, 'Limits on Court Review of International Arbitration Awards Assessed in light of States' Interests and in particular in light of EU Law Requirements' *Arbitration International*, 2007, vol. 23, n.1, pp. 63-92, p. 83 ('[t]he duty placed on EU Member State courts to ensure the compatibility of arbitral awards with EC competition law may well entail the abrogation of EU Member State legal provisions limiting the intensity of such review'). Contra L. G. R. di Brozolo, 'Arbitration and Competition Law...', art. cité, p. 8 ('[a]n in-depth review of the award is not indispensable to ensure the effectiveness of private enforcement of competition law and to act as a deterrent against the use of arbitration to circumvent competition law').

des sentences arbitrales plus efficace à l'égard de la complexité du droit de la concurrence moderne.

2.2. L'alternative préférable de la doctrine du « second regard »

Comme on l'a constaté, la Cour Suprême des États-Unis était la première à avoir ouvert la voie de l'arbitrabilité en matière de concurrence. Le *quid pro quo* d'élargissement de l'arbitrabilité était le rôle renforcé du juge étatique quant au contrôle de la sentence arbitrale⁷⁸. Alors que la Cour n'a pas précisé l'étendue du contrôle, la jurisprudence postérieure a précisé que le juge peut aller jusqu'à une évaluation *de novo*⁷⁹. Autrement dit, selon cette approche, dite du « second regard », le juge peut apprécier indépendamment⁸⁰, sans être restreint par les postulats factuels et juridiques de l'arbitre, le respect des règles qui relèvent de l'ordre public⁸¹.

La récente jurisprudence de la Cour d'appel de Paris fait écho à l'approche du « second regard »⁸². On constate non seulement l'abandon de l'adjectif « flagrante » quant au caractère de la violation de l'ordre public international, mais aussi l'approbation claire d'un rôle actif

⁷⁸ *Mitsubishi* (n 14) 638 ('Having permitted the arbitration to go forward, the national courts of the United States will have the opportunity at the award-enforcement stage to ensure that the legitimate interest in the enforcement of the antitrust laws has been addressed.'). V. également M. Boucaron-Nardetto, « Le contrôle... », art. cité : « [l]e contrôle étatique de la sentence constitue la contrepartie de la confiance faite à l'arbitrage ». De son côté, J.B Racine, « Le contrôle de la conformité de la sentence à l'ordre public international : un état des lieux », *Revue de l'Arbitrage*, 2022, p. 180 en parle de « compromis Mitsubishi ».

⁷⁹ *Peco Foods Inc. v. Retail Wholesale & Dep't Store Union Mid-S. Council*, 727 F.App'x 604, 608 (11th Cir. 2018); *Entergy Operations, Inc. v. United Gov't Sec. Officers of Am. Int'l Union*, 856 F.3d 561, 564 (8th Cir. 2017) ('[w]e accept the facts as found by the arbitrator, but we review his legal conclusions de novo to determine whether the award violates public policy'); *Titan Tire Corp. of Freeport v. United Steel*, 734 F.3d 708, 717 (7th Cir. 2013) ('taking the facts as found by the arbitrator, but reviewing [the arbitrator's] conclusions de novo'). Contra *Baxter Int'l v. Abbott Laboratories*, 315 F.3d 716 (7th Cir. 2003) ('*Mitsubishi* did not contemplate that, once arbitration was over, the federal courts would throw the result in the waste basket and litigate antitrust issues anew. This would be just another way of saying that antitrust claims are not arbitrable'); *American Central Eastern Texas Gas Co. v. Union Pacific Resources Group*, 2004 U.S. Ap. LEXIS 1216 (5th Cir. 2004).

⁸⁰ G. Cordero-Moss, « Arbitrabilité et contrôle judiciaire : mis en balance » in H. Muir Watt et al. (eds.), *Le tournant global en droit international privé*, Pedone, 2020, p. 160 (« les tribunaux doivent effectuer leur propre évaluation indépendante pour déterminer si l'ordre public est violé »).

⁸¹ V. par excellence *Rohm & Haas Co. v. United Steel, Paper & Forestry*, 781 F. Sup. 2d 251, 256 (E.D. Pa. 2011): '[w]hether an award violates public policy is a question for the Court, not the arbitrator'.

⁸² Cour d'Appel de Paris, *État de Libye c. SA Société orléanaise d'électricité et de chauffage électrique Sorelec*, 17 novembre 2020, *Revue de l'Arbitrage*, 2020, p. 762 ; Cour d'Appel de Paris, *République du Bénin c. Société Securiport Bénin et Société Securiport LLC*, 27 octobre 2020, *Revue de l'Arbitrage*, 2020, p. 748 ; Cour d'Appel de Paris, *SA TCM FR S.A. (anciennement dénommée Sofregaz) c. Société Natural Gas Storage Company (NGSC)*, 3 juin 2020, *Revue de l'Arbitrage*, 2020, p. 1121 (note J. Y. Garaud, C. Martini et G. de Rancourt) ; Cour d'Appel de Paris, *République Gabonaise c. Webcor ITP Ltd. et autre*, 25 mai 2020, *Revue de l'Arbitrage*, 2021, p. 778 (note P. Mayer) ; Cour d'appel de Paris, *État du Cameroun c. SPRL Projet Pilote Garoubé*, 20 décembre 2018, *Revue de l'Arbitrage*, 2018, p. 472 (note J. B. Racine) ; Cour d'Appel de Paris, *Alstom Transport c Alexander Brothers*, 10 avril 2018, *Revue de l'Arbitrage*, 2018, p. 574 (note E. Gaillard) ; Cour d'Appel de Paris, *MK Group c Onix*, 16 janvier 2018, *Revue de l'Arbitrage*, 2018 p. 401 (note S. Lemaire) ; Cour d'Appel de Paris, *SA Ancienne Maison Marcel Bauche c. Indagro*, 27 septembre 2016, *Revue de l'Arbitrage*, 2017, p. 942 ; Cour d'Appel de Paris, *République du Kirghizistan c. M. Belokon*, 21 février 2017, *Revue de l'Arbitrage*, 2017, p. 915 (note M. Audit et S. Bollée) ; Cour d'Appel de Paris, *République Hellénique c. Société Bombardier Inc.*, 14 avril 2015, *Revue de l'Arbitrage*, 2015, p. 557 (note L. Idot).

pour le juge qui « n'est pas limité aux éléments de preuve produits devant les arbitres, ni lié par les constatations, appréciations et qualifications opérées par ceux-ci »⁸³, et qui peut dorénavant effectuer sa propre évaluation en droit et en fait⁸⁴, donc un contrôle plein de l'affaire⁸⁵. Cette approche a été récemment validée par la Cour de cassation dans les affaires *Belokon*⁸⁶ et *Sorelec*⁸⁷. Dans ces deux affaires, la Cour a rejeté les pourvois formés à l'encontre de décisions d'annulation des sentences respectives par la Cour d'appel de Paris, en réaffirmant le rôle poussé du juge de l'annulation quant au contrôle de la sentence pour sa conformité à l'ordre public international. Avec la réserve que la jurisprudence de la haute juridiction ne concerne – pour le moment – que des violations des règles proscrivant la corruption des fonctionnaires, il reste à voir si le même contrôle minutieux sera également opéré en matière de concurrence.

De toute façon, cette tendance jurisprudentielle, suivie aussi par des juridictions étrangères⁸⁸, est à saluer. Elle met fin à la limitation du juge aux postulats factuels et juridiques de la sentence en lui permettant d'apprécier indépendamment la solution donnée par l'arbitre⁸⁹, ce qui est d'autant plus nécessaire quand les parties dissimulent des faits à l'arbitre pour faire de la sentence arbitrale une feuille de vigne de leur comportement anticoncurrentiel⁹⁰. Par ailleurs, l'approche maximaliste est la seule en position de garantir l'efficacité du droit de la concurrence de l'Union Européenne⁹¹. Comme on l'a déjà évoqué, un contrôle limité aux

⁸³ CA Paris, *Belokon*, préc., p. 923.

⁸⁴ CA Paris, *MK Group*, préc., p. 404.

⁸⁵ J.B. Racine, « Le contrôle de la conformité... », art. cité, p. 214 ; C. Greenberg, « Le contrôle de la conformité... », art. cité, p. 235.

⁸⁶ Cour de Cassation, *République du Kirghizistan c. M. Belokon*, 22 mars 2022, ECLI:FR:CCASS:2022:C100338.

⁸⁷ Cour de Cassation, *Sorelac c. État de Libye*, 7 septembre 2022, ECLI:FR:CCASS:2022:C100610.

⁸⁸ BGH, Urteil vom 25 Oktober 1966, BGHZ 46, 365 (« Bei der ihnen [...] aufgetragenen selbständigen Prüfung, ob die Anerkennung eines Schiedsspruchs gegen die öffentliche Ordnung verstoßen würde, können die ordentlichen Gerichte, wie das Berufungsgericht mit Recht angenommen und auch der Bundesgerichtshof bereits wiederholt ausgesprochen hat [...] weder an die Rechtsauffassung noch an die tatsächlichen Feststellungen des Schiedsgerichts gebunden sein. ») ; BGH, Urteil vom 23 April 1959, BGHZ 30, 89 ; BGH, Urteil vom 29 September 1958 (« Es besteht kein Anlaß, die Nachprüfung [...] in irgendeiner Weise einzuschränken, ») ; BGH, Urteil vom 12 Mai 1958, BGHZ 27, 249 ; OLG Düsseldorf, Urteil vom 24. juli 2004, VI-Sch (Kart) 1/02 - *Regenerative Wärmetauscher* ; Cour d'Appel de Hague, *MDI* (n 32) ; Tribunal de Première Instance de Bruxelles, *Société SNF SAS c Société Cytec Industrie*, 8 mars 2007, *Revue de l'Arbitrage*, 2007, p. 303 (« [e]n vertu de l'article 1704, 2, toute violation de l'ordre public est sanctionnée par l'annulation de la sentence et pas seulement les violations flagrantes, effectives et concrètes (termes de l'arrêt Thalès, Paris, 18 novembre 2004, JCP, 2005, p. 571) ») ; Cour d'Appel de Madrid, *Camilaga/DAF Vehiculos*, 18 octobre 2013. V. aussi K. Hilbig et K. Sachs, « La portée du contrôle exercé par les tribunaux étatiques allemands sur les sentences arbitrales relatives au droit communautaire de la concurrence » *Gazette du Palais*, 2008, n. 185, p. 3.

⁸⁹ C. Seraglini, « Le contrôle... », art. cité, pp. 368-369.

⁹⁰ D. Geradin, « Public Policy... », art. cité, p. 151-152. Il peut arriver que les parties conviennent de ne pas produire certains éléments de preuve dans l'arbitrage pour que leur comportement anticoncurrentiel ne soit pas dévoilé, afin d'éviter les conséquences lourdes (tant par l'arbitre que par les autorités de la concurrence) que leur comportement implique. De cette façon, la sentence arbitrale peut servir à camoufler un comportement anticoncurrentiel.

⁹¹ G. Cordero-Moss, « Court Control », art. cité, p. 207 ; P. Landolt, « Limits on Court Review... », art. cité, p. 83 ; M. Penades, « The effectiveness of EU law in arbitration », art. cité, p. 1095.

violations flagrantes est non seulement incapable de sanctionner les restrictions par les effets mais aussi d'en apprécier les gains d'efficacité, ce qui rend impossible la mise en œuvre du droit de la concurrence de façon nuancée comme cela est désormais exigé. Alors que la CJUE n'a pas encore clairement statué sur la question de l'étendue du contrôle⁹², on peut supposer son soutien pour l'approche maximaliste⁹³. D'une part, dans l'affaire célèbre *Achmea*, la CJUE a admis la conformité de l'arbitrage commercial avec le droit de l'Union « pourvu que les dispositions fondamentales du droit de l'Union puissent être examinées dans le cadre [du] contrôle [étatique de la sentence] et, le cas échéant, faire l'objet d'un renvoi préjudiciel devant la Cour »⁹⁴. Une réévaluation de plein effet de la conformité des sentences aux règles d'ordre public communautaire paraît en ce sens une condition *sine qua non* pour que l'arbitrage commercial soit conforme au droit de l'Union. D'autre part, l'avocat général Wathelet dans l'affaire *Genentech* a adopté explicitement l'approche maximaliste en déclarant qu'un contrôle limité aux violations flagrantes « serait illusoire compte tenu de ce que les accords ou pratiques susceptibles de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sont souvent dissimulés »⁹⁵. Encore plus clairement, le Tribunal dans l'affaire *ISU* susmentionnée a précisé que « la juridiction nationale n'est pas liée par l'appréciation effectuée par le TAS sur la compatibilité de la décision d'inéligibilité ou le refus d'autorisation avec le droit de la concurrence de l'Union »⁹⁶. Dès lors, il ressort que la position du droit de l'Union est plutôt conforme à l'approche maximaliste en favorisant une révision au fond en matière de concurrence⁹⁷.

Étant compatible avec le droit de l'Union, il faut se demander, d'autre part, si l'admissibilité de la révision au fond est également compatible avec les principes fondamentaux du droit de l'arbitrage. En effet, le contrôle de la conformité à l'ordre public – qui fait lui aussi partie des principes fondamentaux de l'arbitrage – implique nécessairement, en premier lieu, que le juge apprécie indépendamment les éléments de droit et de fait du litige, afin de déterminer ce que l'ordre public exige en l'espèce⁹⁸. Le juge procède, en second lieu, à une comparaison de ces exigences avec la solution retenue par les arbitres et, en cas de désaccord,

⁹² Dans l'arrêt *Eco-Swiss*, préc., §32, la Cour a jugé que le contrôle par les juridictions des États membres des sentences arbitrales internationales soulevant des questions de droit de l'Union peut être « plus ou moins étendu selon le cas », en fonction des règles adoptées par les États membres dans le cadre de leur autonomie procédurale.

⁹³ Contra A. Komninos and M. Kamvysi, 'Arbitration and EU Competition Law...', *op.cit.*, p. 424.

⁹⁴ Affaire C-284/16 *Slowakische Republik c Achmea BV* [2018] ECLI:EU:C:2018:158, §54.

⁹⁵ *Genentech*, préc., §64-67. Sur cet argument, v. aussi S. Bollée, « De la validité... », art. cité. Il faut pourtant souligner que dans cette affaire la Cour a évité de prendre position claire dans ce débat minimaliste-maximaliste.

⁹⁶ T-93/18, précit., §159 emphase ajoutée.

⁹⁷ M. Penades, 'The effectiveness of EU law in arbitration', art. cité, p. 1092).

⁹⁸ C. Greenberg, « Le contrôle de la conformité... », art. cité, p. 232.

il refuse l'admission de la sentence arbitrale dans l'ordre juridique étatique⁹⁹. Si, comme le proclame l'approche minimaliste, le juge s'abstient d'une appréciation autonome des éléments du litige en cause, il se produit une confusion entre le critère et l'objet du contrôle : les exigences de l'ordre public (critères du contrôle) sont déterminées par rapport aux énonciations de la sentence (objet du contrôle), ce qui rend le contrôle illusoire.

Toutefois, bien que nécessaire pour que le contrôle ne soit pas dépourvu de sens, il s'agit toujours d'une révision limitée quant à son objet : une violation « effective et concrète » est toujours requise¹⁰⁰. Autrement dit, la violation de l'ordre public ne peut s'établir que par rapport à la solution donnée par les arbitres *in casu* ; une simple faute de raisonnement est insuffisante¹⁰¹. Si, par exemple, l'arbitre a admis à tort la validité d'un contrat jugé illicite au regard de l'article 101 TFUE mais a rejeté la demande en vertu d'un autre motif, la solution donnée ne se heurte en rien à la politique concurrentielle – pourvu que l'ordre juridique d'accueil ne reconnaisse pas d'autorité de la chose jugée à la question préalable de la validité du contrat – et, partant, une telle sentence ne risque pas d'être annulée. En d'autres termes, ce qui importe n'est pas d'assurer l'existence des sentences arbitrales juridiquement parfaites, mais de veiller à ce que leurs effets concrets soient conformes aux dispositions de l'ordre public. Cette condition s'étant posée, l'on peut conclure que l'adoption, de plus en plus répandue en France comme à l'étranger, de l'approche maximaliste ne risque pas de se heurter aux principes fondamentaux de l'arbitrage.

⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰ CA Paris, *MK Group*, préc., p. 408 ; CA Paris, *TCM FR*, préc., p. 1135 ; CA Paris, *SPRL*, préc., p. 484.

¹⁰¹ D'après certains auteurs, une violation est effective et concrète si elle se heurte aux finalités de la politique de concurrence. V. en ce sens L. G. R. di Brozolo, 'Arbitration and Competition Law...', art. cité, p. 12 'the compatibility of the award with public policy must be verified with regard to the situation at hand, so as to determine whether the arbitrators' solution truly jeopardises the goals of competition policy'.

CONCLUSION

Les finalités du droit de l'arbitrage et du droit de la concurrence sont certes très différentes. Le premier cherche à assurer l'efficacité d'un mode de règlement de litiges privés tandis que le second veille à l'achèvement du bien commun par le biais du fonctionnement efficient du marché. C'est sans surprise que leur logique différente fait naître des tensions.

Au niveau de l'arbitrabilité, la tension apparaît résolument en faveur de l'arbitrage. Il est désormais admis que la voie de l'arbitrage est ouverte pour les actions privées fondées sur le droit de la concurrence. À ce niveau, la justice privée est perçue comme égale à la justice étatique à tel point que l'arbitre est même tenu d'appliquer *ex officio* les règles de la concurrence.

La confiance faite à l'arbitre pour en connaître en premier lieu nonobstant, les règles du droit de la concurrence sont d'une telle importance que leur mise en œuvre effective doit être surveillée par les juges nationaux. C'est pourquoi, au niveau du contrôle des sentences arbitrales, on constate un rôle plus poussé pour le juge national. Celui-ci procède à une appréciation autonome en droit et en fait, pas seulement parce que l'arbitrage a le potentiel d'être utilisé comme une feuille de vigne de pratiques anticoncurrentielles, mais également parce que les règles du droit de la concurrence moderne nécessitent une analyse juridique et économique approfondie. Pour que cette exigence soit accomplie, le juge national ne peut qu'examiner indépendamment de postulats de l'arbitre le litige en cause.

Cependant, on peut s'assurer que l'approche maximaliste ne signifie pas que le juge d'annulation « *would throw the [arbitration's] result in the waste basket* », ¹⁰² seulement si la solution donnée par les arbitres se heurte à la politique de la concurrence, tant nuancée qu'il est de nos jours conçue, le résultat de la procédure arbitrale est mis à l'écart. Une violation « effective et concrète » est toujours requise pour l'annulation de la sentence, cela permettant d'assurer un contrôle équilibré : profond quant à son intensité, mais limité quant à son objet.

¹⁰² *Baxter Int'l v. Abbott Laboratories*, précit.

THE U.S. UNILATERAL COERCIVE MEASURES IMPOSED IN LATIN AMERICA
A study based on the experience of Cuba, Nicaragua, and Venezuela

Andrea Valentina Dias Bolivar*

Table of content/Table des matières

INTRODUCTION	29
1. LATIN AMERICAN COUNTRIES TARGETED BY THE U.S. UNILATERAL COERCIVE MEASURES: THREE CASE STUDIES.....	38
1.1. THE CASE OF EXTRATERRITORIAL MEASURES IMPOSED ON CUBA BY THE UNITED STATES...41	
1.2. THE NICARAGUAN EXPERIENCE CONFRONTING U.S. UNILATERAL COERCIVE MEASURES	45
1.3. THE PROGRESSIVE ESCALATION OF U.S. COERCIVE MEASURES AGAINST VENEZUELA	48
2. CONTRIBUTIONS OF LATIN AMERICAN COUNTRIES TO CONDEMN UNILATERAL COERCIVE MEASURES. THE DEVELOPMENT OF THE PRINCIPLE OF NON-INTERVENTION.....	52
2.1. LATIN AMERICAN INFLUENCE IN THE DEVELOPMENT OF A REGIONAL LEGAL FRAMEWORK ..53	
2.2. LATIN AMERICAN EFFORTS IN AN INTERNATIONAL LEVEL	56
3. LATIN AMERICA DIVIDE ON UNILATERAL COERCIVE MEASURES. CONTEMPORARY TRENDS AND DEVELOPMENTS.....	62
4. ASSESSMENT OF THE LEGAL STATUS OF UNILATERAL COERCIVE MEASURES.....	66
4.1. DIFFERENCE BETWEEN PERMISSIBLE AND NON-PERMISSIBLE COERCION	67
4.2. PEREMPTORY NORMS VIOLATED BY THE IMPOSITION OF UNILATERAL COERCIVE MEASURES	70
CONCLUSION	74

* PhD student, Université de Genève.

Abstract

Since the 1990s, the use of unilateral coercive measures has increased in inter-states relations. However, these coercive strategies are not recent. They have been developed during the Cold War, as a tool of developed countries to influence their negotiations and the settlement of their differences, without the risk of waging a new war. These measures are commonly described as a tool of foreign policy with the objective to coerce another state to obtain the subordination of the exercise of its sovereign rights. However, the definition, scope and legality of these measures remains a grey area of international law. In this regard, this article focuses its analysis on four questions. The first investigates three case studies in the region, which are the U.S. Unilateral Coercive Measures imposed against Cuba, Nicaragua, and Venezuela. These cases were carefully selected for our analysis to show the negative impact of these measures on human rights and the economy of the targeted countries. The second question explores the contributions of Latin American countries to resist and condemn the use of these measures in a regional and international level. The third question explains why Latin America is divided on unilateral coercive measures and the contemporary trends. Finally, the fourth question assesses the legal status of these measures from the standpoint of international law.

Résumé

Depuis les années 1990, le recours aux mesures coercitives unilatérales s'est accru dans les relations interétatiques. Cependant, ces stratégies coercitives ne sont pas récentes. Ils ont été développés pendant la période de Guerre froide, comme un outil employé par les pays développés pour influencer leurs négociations et le règlement de leurs différends, sans le risque de déclencher une nouvelle guerre. Ces mesures sont communément décrites comme un outil de politique étrangère ayant pour objectif de contraindre un autre État afin d'obtenir la subordination de l'exercice de ses droits souverains. Cependant, la définition, la portée et la légalité de ces mesures restent une zone grise du droit international. À cet égard, cet article analyse quatre questions. La première étudie trois cas dans la région, à savoir les mesures coercitives unilatérales imposées par les États-Unis contre Cuba, le Nicaragua et le Venezuela. Ces cas ont été soigneusement sélectionnés pour notre analyse afin de montrer l'impact négatif de ces mesures sur les droits de l'homme et l'économie des pays ciblés. La deuxième question explore les contributions des pays de l'Amérique latine pour résister et

condamner l'utilisation de ces mesures au niveau régional et international. La troisième question explique pourquoi l'Amérique latine est divisée autour du sujet des mesures coercitives unilatérales et les tendances contemporaines. Finalement, la quatrième question évalue le statut juridique de ces mesures au regard des règles et principes du droit international en vigueur.

INTRODUCTION

“Unilateral coercive measures not based on international law, also known as ‘unilateral sanctions’, are an example of double standards and of the imposition by some States of their will on other States”¹.

Joint Declaration on the Promotion of International Law, 2016

In the context of the Cold war (1947-1989)², the use of unilateral coercive measures (UCM) in inter-States relations have substitute armed hostilities as a stand-alone policy³. Since then, certain States, whether they are global hegemonies, regional leaders, or peripheral actors, tend to protect their security and pursue their national interests by exercising coercion against their adversaries⁴. These acts involve different forms of pressure whereby one State seeks to compel another into behaving in a certain manner.

Despite the rich history of coercion episodes, we start our research after World War II, not only because earlier episodes are less documented, but mainly because after 1945, the Community of Nations adopted the United Nations Charter, a universal document which contains a prohibition to use force in international relations. In front of this restriction, unilateral coercive measures appeared as a “surrogate of war⁵”.

In this regard, some authors have qualified coercion as a type of violence⁶, others as an act of aggression⁷ when this considers the use of force, and its objective is to liquidate an existing State or to reduce this State at the position of a satellite. However, the most common

¹ *Joint Declaration on the Promotion of International Law*, adopted by the Russian Federation and the People's Republic of China, June 25, 2016. Available at the website < https://archive.mid.ru/en/foreign_policy/news/-/asset_publisher/cKNonkJE02Bw/content/id/2331698>, para. 6.

² Claude QUETEL, *Dictionnaire de la Guerre Froide*, Larousse, 2008, p.18.

³ Gary Clyde HUFBAUER, Jeffrey J. SCHOTT and Kimberly Ann ELLIOT, *Economic Sanctions Reconsidered: History and Current Policy*, Institute for International Economics, Washington DC, 2nd ed. 1990, p. 5.

⁴ Mohamed HELAL, “On coercion in International Law”, *Public Law and Legal Theory Working Paper Series, The Ohio State University, Moritz College of Law*, 2019, Vol. 475, p. 3.

⁵ Gary Clyde HUFBAUER, Jeffrey J. SCHOTT and Kimberly Ann ELLIOT, *Op. Cit.*, p. 5.

⁶ See the definition of Violence by Max GOUNELLE, *Relations Internationales*, Paris, Dalloz, 7th edition, 2006, p. 60

⁷ For a full study of coercion as an “Act of aggression” see 1) Myres S. MCDUGAL and Florentino FELICIANO, “Legal regulation of resort to international coercion: aggression and self-defense in policy perspective”, *The Yale Law Journal*, 1959, Vol. 68, N° 6, pp. 1057-1165; and 2) Tom J. FARER, “Political and Economic coercion in contemporary international law”, *American Journal of International Law*, Vol. 79, 1985, pp. 405-413, 411.

definition and the one that this paper will support is, that unilateral coercion can be understood as “a tool of foreign policy” with the objective to coerce another State to obtain the subordination of the exercise of its sovereign rights.

Moreover, coercion can be exercised through forceful or non-forceful means, such as political, diplomatic, economic, military, and more recently, cyber instruments of statecraft⁸. In many cases, States employ a combination of these instruments as a single strategy of coercion that is intended to shape the behavior of their adversaries⁹. In fact, the approach developed by some scholars -which equates coercion with the use of force- is unrealistic from a policy perspective and regarding current State practice¹⁰, in which the “smart” combination of hard and soft powers has become the new strategy of statecraft¹¹.

For these motives, several States and members of the international community believe that UCM have a lack of legitimacy and legality due to their “unilateral” nature and because they pursue “political objectives”, having a negative impact on the enjoyment of human rights, as well as on the realisation of the right to development. However, some States argue that international law will only consider such measures as legitimate and legal if: (a) they are a response to a breach of an international obligation committed by the targeted country¹²; and if (b) the breach of such obligation causes injury on a State or group of States giving them the right to self-defence¹³.

The debate on this issue is highly controversial. States do not agree on the legal classification of these measures. However, there are several reasons to consider that the use of “coercion” in international relations has an important place in the current concerns of contemporary international law. This practice has rarely been more prevalent. Currently, there

⁸ Karen A. FESTE, *Intervention: Shaping the Global Order*, Greenwood Publishing Group, 2003, p. 304. (She defined intervention as ‘using economic leverage, diplomatic techniques, or military means to influence or control target states’ policies of governance’).

⁹ M. HELAL, “On coercion in International Law”, (*Op. Cit.*), p. 5.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ The idea of distinguishing between “hard power” and “soft power” was first introduced by Joseph NYE more than three decades ago (1990). He generally defines power as “the ability to affect others to get the outcomes one wants” (J. NYE, *Understanding International Conflicts*, Pearson, New York, 7 ed., 2009, p.61). Moreover, he added that hard power as coercive power wielded through inducements or threats. In contrast, soft or persuasive power is based on attraction and emulation and “associated with intangible power resources such as culture, ideology, and institutions” (J. NYE, 2009, p.63).

¹² Article 22, International Law Commission Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, hereafter “ILC Draft Articles on Responsibility of States”, in ILC Yearbook, *Report of the Commission to the General Assembly on the work of its fifty-third session*, Vol. II, Part 2, 2001, p. 27.

¹³ Article 21, ILC Draft Articles on Responsibility of States, 2001.

are 14 ongoing United Nations sanctions¹⁴ and over 40 European Union sanctions regime in force¹⁵, along with various others imposed by States acting unilaterally. Taking those unilateral measures into account, there are currently over 75 States targeted by such measures¹⁶, but the number of countries targeted is less than half this number because Western States tend to have the same target countries. Nevertheless, in the absence of centralised data or reliable statistics, these numbers are at best an estimate. What is concerning about this is that behind this uncertain quantitative data, millions of innocent people are prevented from enjoying their fundamental human rights¹⁷.

STARTING POINTS

The author explores different concepts to provide an understanding of the overall research topic, in the interest of avoiding unnecessary confusion. Firstly, it is important to make a distinction between “unilateral” and “multilateral” coercion. A word of explanation on each of these points is required.

1. The “unilateral” category refers to autonomous or decentralised measures, that is, those imposed by States acting “individually” without any UN Security Council’s authorisation¹⁸, which have been condemned by the UN General Assembly for being contrary to international law and for having a negative impact on human rights and the economy of developing States¹⁹.
2. The “multilateral” measures refer to “collective” or “institutional” sanctions imposed by an international or regional organisation on one of its Member States or third countries in response to a threat to international peace and security. In this regard, the mandate to adopt these sanctions is centralised in the UN Security Council, and they are not subject to judicial review²⁰, because they have a special status, based on their

¹⁴ UN Security Council (UNSC), “Sanctions” available at <https://www.un.org/securitycouncil/sanctions/information>

¹⁵ European Union, “EU Sanctions map” available at <https://sanctionsmap.eu/#/main>

¹⁶ United Nations Human Rights Council (UN HRC), *Report of the Special Rapporteur on the negative impact of unilateral coercive measures on the enjoyment of human rights*, Idriss Jazairy, UN Doc. A/HRC/30/45, 10 August 2015, hereafter ‘Report of the SR (2015)’, p. 15, §51. Also see Jean Marc THOUVENIN, “Sanctions économiques et Droit international”, *Droits (Revue française de théorie, de philosophie et de cultures juridiques)*, Presses Universitaires de France, 2013, Vol. 57, p. 165.

¹⁷ UN HRC, Report of the SR (2015), p. 15.

¹⁸ See UN, *Report of the Secretary General on Unilateral economic measures as a means of political and economic coercion against developing countries*, UN Doc. A/68/218, 29 July 2013.

¹⁹ UNGA Res. 69/180, 18 December 2014, Operative Clause 1.

²⁰ *Ibidem*.

constitutive act. The coercive measures applied by regional organisations under their constituent instruments, such as the European Union (EU), the Organisation of American States (OAS), the League of Arab States (LAS) and the African Union (AU) against their respective Member States, will also be included under this category.

However, the competence of regional organisations to adopt sanctions *ad extra*²¹, against non-members, has been questionable. In this sense, the former UN Special Rapporteur, Idriss Jazairy, writes that: “coercive measures from regional groupings of countries or from one of their Member States targeting third countries are considered as unilateral in the sense that they are imposed pursuant to rules at no time endorsed by the targeted country”²². In the same line, article 34 of the Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organisations or between International Organisations of 1986 establishes that: “a treaty does not create either obligations or rights for a third State or a third organization without the consent of that State or that organization”. From the analysis of this article, it turns out that obligations cannot be imposed *a priori* on third States without their consent. Nevertheless, the practice examined shows that regional organizations have adopted several coercive measures against third countries without authorization from the UNSC or consent of the targeted State²³. In this regard, some authors consider that conceding to any group of States the right to apply coercive measures merely because they consider the “sanction” as justified makes nonsensical the whole attempt to regulate unilateral coercion²⁴.

Secondly, it is essential to distinguish between the concept of “unilateral coercive measures” and other related notions, such as “sanctions” and “countermeasures”.

1. The term “sanction” has been entirely excluded in the title of this article for the following reason. In international law, it is generally agreed today that the term sanction should be exclusively reserved for those collective coercive measures²⁵ taken by an

²¹ Ana PEYRÓ LLOPIS, *Force, ONU et Organisations régionales. Répartition des responsabilités en matière coercitive*, Édition Bruylant, Belgique, 2012, pp. 88-179.

²² See the “Report of the SR” (2015) which mentioned that restrictive measures adopted by regional organizations against non-Member States are considered unilateral coercive measures (p. 5, para.15).

²³ See for example, sanctions of the European Union Council imposed to Venezuela since November 2017, available at <<https://www.consilium.europa.eu/en/policies/venezuela/>>.

²⁴ Derek W. BOWETT, “International Law and Economic Coercion”, *Virginal Journal of International Law*, 1976, Vol. 16, p. 254.

²⁵ Jorge CARDONA LLORENS, «Universalismo y Regionalismo en el Mantenimiento de la Paz a inicios del Siglo XXI», *XXXVI Cursos de Derecho Internacional, Comité Jurídico Interamericano, Secretaría de Asuntos Jurídicos*, OEA, 2009, p. 53.

international or regional organisation on one of its Member States who do not comply with international obligations, based on the organisation's statutory provisions²⁶, or on third countries, who commit an act of aggression that threatens international peace and security²⁷. This means, in the design of the founders of the United Nations, that the international organization establish a collective international security system, which has a monopoly on coercion in the face of a threat to the peace, a breach of the peace, or an act of aggression²⁸.

2. The word “countermeasure” is, by definition, an unlawful act in the first instance. However, the wrongfulness of the act is precluded if it constitutes a measure taken exclusively by an injured state against the coercing state in response to a previous internationally wrongful act in order to induce that State to comply with its obligations. As explained on the commentaries of the Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (2001): “Countermeasures may have a coercive character, but as is made clear in article 49, their function is to induce a wrongdoing State to comply with obligations of cessation and reparation towards the State taking the countermeasures, not to coerce that State (...)”²⁹. In addition to this, other conditions need to be fulfilled for lawful resort to countermeasures. These include, before taking countermeasures, an injured State shall: (1) call upon the responsible State, in accordance with article 43, to fulfil its obligations; (2) notify the responsible State of any decision to take countermeasures and offer to negotiate, (3) the injured State may take such urgent countermeasures as are necessary to preserve its rights, (4) countermeasures may not be taken, and if already taken must be suspended without delay if: (a) the internationally wrongful act has ceased; and (b) the dispute is pending before a court or tribunal which has the authority to make decisions binding on the parties³⁰. Finally, the injured state needs also to respect the “principle of proportionality” in taking measures³¹, as well as the prohibition of resorting to measures

²⁶ Charles LEBEN, *Les sanctions privatives de droits ou de qualité dans les organisations Internationales spécialisées*, Établissement Émile Bruylant, Bruxelles, 1979, pp. 41-45.

²⁷ Ana PEYRÓ LLOPIS, *Force, ONU et Organisations régionales (Op. Cit)*, p. 88.

²⁸ Jorge CARDONA LLORENS, *Op. Cit.*, p. 57.

²⁹ See Article 49, para. 2, and commentary, “Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries”, in *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II, Part Two, p. 70, § 3, hereafter “Draft articles on Responsibility of States, 2001”.

³⁰ See Article 52, para. 1, 2, 3, and 4, Draft articles on Responsibility of States, 2001.

³¹ See Article 51, Draft articles on Responsibility of States, 2001.

that breach certain fundamental obligations, such as obligations for the protection of human rights³².

For its part, defining “coercion” has been challenging and remains a legal grey area³³, being differently appreciated between fields. For example, in the philosophical sphere, Virginia Held argued that “coercion is the activity of getting someone to do something against their will³⁴”. However, in international law, this expression has not yet been “clearly” defined. By way of illustration, the International Law Commission’s (ILC) commentary on Article 18 of the Draft Articles on State Responsibility (DASR), which is about “Coercion of another State”, does not outline the legal boundaries of coercion³⁵. Instead, the commentaries compare coercion to an event of *force majeure* and define it as a “conduct which forces the will” of the targeted State, “giving it no effective choice but to comply with the wishes of the coercing State”³⁶. As well, the ILC, without clarifying what unlawful coercion would be, limits itself to provide two examples of these coercive acts: “a threat or use of force contrary to the UN Charter” and “intervention, i.e., coercive interference in the affairs of another State”³⁷.

With these considerations in mind, the author agrees that there is still a long way to adopt a universal definition about what constitutes unlawful coercion. However, which is sure is that UCM provide a popular middle road, or as Gary Clyde Hufbauer and others said, “They add teeth to international diplomacy (...)”³⁸.

Despite the attempts to define coercion, this notion remains uncertain today. Indeed, the few existing works on this subject, are only focused on one of the stages of the notion, which illustrated the profusion of terms, such as: economic coercion, coercive diplomacy, military coercion, or coercion applied by international organisations. The insufficiency of these works is quite easily evident since serious differences emerge. Neither legal doctrine nor ICJ decisions has yet developed a definition generally accepted by the international community regarding

³² See Article 50, Draft articles on Responsibility of States, 2001.

³³ Tom RUYSS, “Sanctions, Retorsions and Countermeasures: Concepts and International Legal Framework”, in Larissa VAN DEN HERIK (Ed.), *Research Handbook on UN Sanctions and International Law*, Edward Elgar Publishing, 2016, p. 7. Available at <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2760853>

³⁴ Virginia HELD, “Coercion and Coercive Offers”, in J. Roland Pennock and John W. Chapman (eds.), *Coercion: NOMOS XIV*, Aldine-Atherton, Inc., Chicago, 1972, pp. 50-51.

³⁵ Alexandra HOFER, “The Developed/Developing Divide on Unilateral Coercive Measures: Legitimate enforcement or illegitimate intervention?”, *Chinese Journal of International Law*, 2017, p. 5.

³⁶ See Article 18, and commentary, Draft Articles on Responsibility of States, 2001, p. 69, para. 2.

³⁷ *Ibid*, p. 70 para. 3.

³⁸ Gary C. HUFBAUER, J. SCHOTT and Kimberly A. ELLIOT, *Economic Sanctions Reconsidered (Op. Cit.)*, p. 11.

UCM and their legal status. To this author's knowledge, very little have been writing about the use of unilateral coercion in inter-states relations. This research aims to bring some clarity in this area, providing a study based on the Latin American experience.

For the purpose of this work, the concept of "unilateral coercive measures" will be understood as:

"A foreign policy tool, used individually by a State or a group of States, without any mandate or prior authorization from an international organisation, in order to intervene in the internal affairs of another State, using a coercive strategy, which may include individual or combined measures, such as political, diplomatic, and economic ones, as well as the moderate use of force and cyber-operations, with the purpose to obtain from the targeted State the modification of its behavior and the subordination of the exercise of its sovereign rights"³⁹.

It is important to note that this contemporary definition of UCMs allows us to make a distinction with other types of measures. For example, from the author's perspective, although it is true that most of the uses of UCMs have had a political dimension, beyond these political aims, what makes a measure a true "unilateral coercive measure", in addition to the coercive intention behind the action and the coercive means used, is mainly the absence of legal grounds. To clarify this, the difference is that coercive measures taken by a State or a group of States, not based on a previous offense or in the absence of prior authorization from the UNSC, are clearly "unilateral coercive measures", then they would be illegal. On the other hand, unilateral coercive measures can also be taken by an injured State⁴⁰ or other than an injured State⁴¹, as

³⁹ This definition has been developed by the author in her Ph.D. thesis framework. For another definition of unilateral coercive measures, see UN HRC, "Report of the SR" (2015), p. 4, which writes that unilateral coercive measures are: "measures including, but not limited to, economic and political ones, imposed by states or groups of states to coerce another state in order to obtain from it the subordination of the exercise of its sovereign rights with a view to securing some specific change in its policy".

⁴⁰ See also Article 51, UN Charter, 1945, which establishes: "Nothing in the present Charter shall impair the inherent right of individual or collective self-defence if an armed attack occurs against a Member of the United Nations, until the Security Council has taken measures necessary to maintain international peace and security. Measures taken by Members in the exercise of this right of self-defence shall be immediately reported to the Security Council and shall not in any way affect the authority and responsibility of the Security Council under the present Charter to take at any time such action as it deems necessary in order to maintain or restore international peace and security".

⁴¹ "(...) third-party countermeasures may operate concurrently with Security Council measures taken in accordance with Chapter VII of the UN Charter", See the analysis of Amanda BILLS, "The Relationship between Third-party Countermeasures and the Security Council's Chapter VII Powers: Enforcing Obligations", *Nordic Journal of International law*, Vol. 89, Brill, Nijhoff, 2020, p.141.

reactions to previous wrongful acts, and then they would qualify as “countermeasures”, even before the UNSC can adopt collective measures. However, all the conditions required in Article 52 of the Draft articles on the Responsibility of States (2001) shall be previously used and failed in the implementation, leaving the injured State no other choice but to take countermeasures.

With this brief analysis of terms, this work, firstly, realizes that even when the term “sanction” has been interchangeably used by several authors and the media to refer to both unilateral and multilateral coercion, this is highly questionable. Mainly because UCM cannot be strictly described as “sanctions”, not being decided by consent in a collective, centralised, or jurisdictional body of the international community. Secondly, they cannot be considered as “countermeasures” according to the ILC definition reviewed above, because UCM are generally taken at any time, not necessarily in reaction to a previous offense of another State, instead, they seek to influence the perceptions and behaviour of a State in areas that are part of its *domaine réservé*.

For these reasons, this paper supports the approach that the mandate to coerce States with a legal aim should be exclusively centralised in a “single impartial authority” in charge of administering justice and enforcing law. However, as we all know, the international system is “decentralised” and “anarchic”, as well as composed of equal and sovereign actors, which means that there is no superior power above the states to control and regulate the use of these measures⁴². Despite this decentralisation, international law has recognised the competence and authority in coercive matters mainly to the UN Security Council and in a complementary way to regional organisations⁴³. As a result, no state has the right to adopt unilateral coercive measures against another state according to its own will and national interests. If this happens, these measures should be legally qualified as “Internationally Wrongful Acts”⁴⁴, as we will see in the fourth section of this paper.

In this regard, this research seeks to investigate *What are the Latin American countries currently targeted by the U.S. unilateral coercive measures? How Latin America have contributed on the development of an emerging legal framework to resist and condemn the use*

⁴² See Raymond ARON, « Qu'est-ce qu'une théorie des relations internationales ? », *Revue française de science politique*, 1967, Vol. 17, n° 5, pp. 837-861.

⁴³ Ana PEYRÓ LLOPIS, *Force, ONU et Organisations régionales : Répartition des responsabilités en matière coercitive*, Editions Bruylant, Brussels, 2012.

⁴⁴ The definition of “Internationally Wrongful Act” has been codified in Article 2 of the *ILC Draft Articles on State Responsibility*, 2001, Annex to UNGA Res. 56/83, Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, 28 January 2002.

of these measures? Why Latin America is divided on unilateral coercive measures? and finally, *What is the legal status of these measures?* To provide an answer to these questions the author, firstly, proceeds to do an empirical review of three cases studies in the region (Cuba, Nicaragua, and Venezuela). By using this approach, the author will show how the U.S. Unilateral Coercive Measures have caused a negative impact on human rights and on the economy of the targeted countries. Secondly, this work explores the efforts made by Latin American countries in a regional and international level to condemn and resist to these measures. This process will show that these denunciations, declarations, and resolutions constitute an undeniable base of an emerging prohibition of UCM. Third, this article examines the contemporary trends and developments in the hemisphere, that clearly show a division between Latin American countries on the use of unilateral coercive measures, as well as the signs that this could change in the near future. Finally, the author assesses the legal status of unilateral coercive measures from the standpoint of international law. A study on the legal status of these measures in inter-states relations, require a comprehensive enquiry into the existence and content of any rule prohibiting resort to unilateral coercion in present-day international law. The results presented here seek to demonstrate the need to legally qualify these measures as Internationally Wrongful Acts, from the standpoint of the Law of State Responsibility.

The problems which Latin American states have confronted since their independence have shaped the way of Latin American legal scholars and practitioners approach the theoretical and practical problems of international law⁴⁵, conducting Latin American scholarship on the development of an “American consciousness”⁴⁶. A consciousness that has been historically conditioned by oppression and discrimination, and which is presented here for the analysis. This is a perspective that examines the problems in the region, particularly with reference to its historical and cultural process.

Certainly, in the hemisphere, the U.S. have imposed tough UCM against several countries. However, this paper will focus its attention on the case of Cuba, Nicaragua, and Venezuela for being cases still in force. These three targeted countries are currently hanging tough, and inconveniently, each government appears in control of its security apparatus and

⁴⁵ Hugo CAMINOS, David W. KENNEDY and George A. ZAPHIRIOU, “The Latin American Contribution to International Law”, *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, Vol. 80, Cambridge University Press, 1986, pp. 157-158.

⁴⁶ Alejandro ALVAREZ, “Latin America and International Law”, *The American Journal of International Law*, 1909, Vol. 3, No. 2, Cambridge University Press, p. 337.

enjoys domestic political support. Hence, the inefficacy to date of those coercive measures to promote political changes in those territories⁴⁷.

In this regard, this work presents a general overview of the US unilateral coercive measures imposed against three Latin American countries: Cuba, Nicaragua, and Venezuela (1). Secondly, it will show the contribution of Latin America in a regional and international level to resist and condemn the use of these measures (2). Third, it will explain some of the reasons why the region is divided on unilateral coercive measures, considering some contemporary trends (3). Finally, it will present an assessment of the legal status of these measures (4).

1. LATIN AMERICAN COUNTRIES TARGETED BY THE U.S. UNILATERAL COERCIVE MEASURES: THREE CASE STUDIES

A brief historical review proved that the role played by Latin American (LA) countries in the field of unilateral coercive measures has been mostly as *targeted states* rather than *coercing states*. This is mainly for two reasons.

On the one hand, the states which use coercion as a tool of its foreign policy are states which have the economic and military resources, according to the historical experience, developed countries. Among the cases we have examined⁴⁸, the countries that impose unilateral coercive measures are, for the most part, large nations that pursue an active foreign policy. However, there are instances of neighborhood fights where LA countries have used unilateral coercion as well, such as: Paraguay versus Bolivia in 1932 during the Conflict of Chaco; Bolivia versus Chile over the dispute regarding the access to the Pacific Ocean in the 1870s; Nicaragua versus Costa Rica, which was accused of supporting the *contras* in 1986, among others. But in the main part, coercive measures have been used by big powers, precisely because they have the resources to influence events on a global scale. In this regard, these coercive measures are *a priori* an instrument reserved for developed countries.

On the other hand, LA nationhood defends a set of cultural values based in the opposition to any foreign intervention and the respect for the sovereign equality of states, which

⁴⁷ Richard E. FEINBERG, “The uses of sanctions in Foreign Policy: Nicaragua’s Elections 2021”, *Wilson Center: Latin American program*, 2021, pp. 1-3. Available at <<https://www.wilsoncenter.org/publication/uses-sanctions-foreign-policy-nicaraguas-elections-2021>>

⁴⁸ International cases studied by the author in the framework of her PhD Thesis, such as: UCM imposed by Canada, Switzerland, United Kingdom, United States, and the European Union coercive measures.

represent a legacy of colonial and post-colonial history⁴⁹. In the nineteenth century these principles were embraced to defend the independence of Latin American nations against European dominance. However, since the twentieth century these values were also applied in intraregional relations, mainly against the U.S. interventions.

In this regard, some historical notes to illustrate the European attempts to dominate Latin America at the beginning of the nineteenth century are in order. Firstly, from September 1814 to June 1815, the representatives of Prussia, Austria, and Russia united against Napoleon met in the Congress of Vienna to rebuild Europe, affected by the actions of the French Empire. The purpose of creating this “Holy Alliance” was to intervene to defend monarchical legitimacy and crush any revolutionary movement⁵⁰. In this regard, the coalition prevented revolutionary movements in Italy, Portugal, and Spain, and they were prepared to intervene in LA to help the Kingdom of Spain keep its colonial possessions, which had taken up arms in defense of their independence⁵¹.

Secondly, the threat of an armed intervention by European monarchies in Latin America provoked the emergence of an American movement of resistance. In this regard, former US President, James Monroe set forth the basis of his famous “Monroe Doctrine” during his Message to the U.S. Congress in 1823. According to the jurist, Elihu Root, “This doctrine stipulated that the independent republics of the Americas shall not be recolonised and shall remain free from European intervention”⁵². However, in standing up against European interference in the affairs of American countries, the U.S. did not commit itself to not interfere in these internal affairs. Several authors fully understood and pointed out the essence of the “Monroe doctrine”. For example, F. Martens said that the U.S. transformed the well-known phrase: “*America to the Americans*” into “*America to the Yankees*”⁵³. Jay Sexton, meanwhile, indicated that “The Monroe Doctrine’s non-interventionism did not, of course, apply to the U.S. After it consolidated its dominance over North America, the U.S. expanded its sphere of

⁴⁹ James DUNKERLEY, *Studies in the Formation of the Nation state in Latin America*, Institute of Latin American Studies, University of London, 2002.

⁵⁰ Michel PERONNET, “L’Europe de la Sainte-Alliance”, in PERONNET (ed.), *Le XVIII^e siècle. Des Lumières à la Sainte-Alliance*, Hachette Education, 1998, pp. 322-327.

⁵¹ N. OUCHAKOV, “La compétence interne des États et la non-intervention dans le droit internationale contemporain”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, Vol. 14, 1974, p. 7.

⁵² Elihu ROOT, “The Real Monroe Doctrine”, *Annual Meeting of the American Society of International Law*, 1914, Vol. 8, pp. 6-7.

⁵³ Cited by N. OUCHAKOV, *La compétence interne des États*, *Op. Cit.*, pp. 9-10.

influence southwards and increasingly intervened in Latin America to protect (...) its commercial interests”⁵⁴.

To face this situation, LA countries have contributed to the development of a more favorable international law, particularly the principle of non-intervention, which was adopted in a regional and universal level. However, the recognition of this principle, did not sufficiently protect the continent from interferences as well as the imposition of UCM by developed countries. The first set of unilateral measures imposed in the region were taken by the U.S. against Cuba in 1962, which is the best-known example, followed by Nicaragua which have been also under such a regime since the beginning of the Sandinista era in 1984. No less famous, are the unilateral coercive measures imposed by U.S. against Venezuela since 2014.

This paper recognises the existence of other significant U.S. unilateral coercive measures in the region's history. By our count, the U.S. have engaged in destabilization efforts more than 15 times in the hemisphere, such as operations to overthrow President Jacobo Arbenz in Guatemala in 1953⁵⁵; efforts to depose Rafael Trujillo in the Dominican Republic in 1961⁵⁶; supporting the *coup d'État* against the Brazilian president João Goulart in 1964⁵⁷; covert operations to destabilise the government of Salvador Allende in Chile in 1973⁵⁸; coercive measures against Argentina resulting from the Malvinas Conflict in 1982⁵⁹, and the invasion to Panama to overthrow Manuel Noriega in 1989, among others. However, the author is inclined to study in this paper only the three cases mentioned above because the U.S. efforts against Cuba, Nicaragua, and Venezuela stand out as the most intensive, long-lasting in the region, and still in force.

⁵⁴ Jay SEXTON, *The Monroe Doctrine: Empire and Nations in Nineteenth Century America*, New York: Hill and Wang, 2011, pp. 199-200.

⁵⁵ Stephen G. RABE, *Eisenhower and Latin America: The Foreign Policy of Anticommunism*, Chapel Hill, The University of North Carolina Press, 1988, pp. 42-63. S. Rabe writes “The Eisenhower administration and John Foster Dulles personally were involved in the overthrow of Jacobo Arbenz Guzman’s government. The United States accused the Guatemalan president of an alliance with the Soviet Union and was involved in the coup d’état which ousted Guzman from office and opened a long period of repressive dictatorship in that country”.

⁵⁶ Marcin FATALSKI, “The United States and the Fall of the Trujillo Regime”, *The American Journal of American Studies* 2013, Vol 14, pp. 7-18

⁵⁷ W. Michael WEIS, “Cold Warriors and Coup d’États: Postwar Brazilian-American Relations” (Review article), *Luso-Brazilian Review*, 1991, Vol 28, pp. 91-97.

⁵⁸ Zakia SHIRAZ, “CIA Intervention in Chile and the Fall of the Allende Government in 1973”, *Journal of American Studies*, 2011, Vol 45, pp. 603-613.

⁵⁹ Domingo E. ACEVEDO, “The US Measures against Argentina Resulting from the Malvinas Conflict”, *The American Journal of International Law*, 1984, Vol. 78, pp. 323-344.

These cases were carefully selected for our analysis because these countries have not succumbed to the decades of U.S. pressure. Additionally, these case studies show how Latin America has been used as a “guinea pig for experimentation”⁶⁰ while the U.S. continues expanding the scope, purposes, targets, means, and mechanisms, as well as increasing the statistics of people affected. Exploring the Latin American case is therefore crucial for understanding the use of “unilateral coercive measures” in inter-states relations as a tool of foreign policy. This analysis also shows the injustice these countries face and the necessity to find a solution to condemn the use of UCM.

1.1. The case of extraterritorial measures imposed on Cuba by the United States

The most prominent precedent and the most practicable starting point to consider the nature, the scope, and the impact of unilateral coercive measures is the Cuban Case. The first U.S. measures against Cuba were fully implemented in 1962 when the Kennedy administration banned the importation of all goods and services from the island⁶¹. The U.S. embargo against Cuba has since been in place for more than six decades and has severely impacted all the economic and social sectors as well as Cuban commercial relations with the world.

A brief history of Cuba and U.S. relations prior to the embargo will be discussed to provide proper context for understanding the initial reason for the embargo. The U.S. consumed most of Cuba’s exports in tobacco, sugar, cacao, coffee, fruits, and nuts in the nineteenth century. In turn, Cuba imported meats, manufactured goods, and fuel, among other goods⁶². However, the rise to power of President Fidel Castro in 1959, collided with the U.S. national interests. As a response, the export of goods from the U.S. to Cuba was banned in 1960, and then the Kennedy administration banned the importation of all goods of Cuban origin, in 1962⁶³.

In the 1990s, the adoption of the Cuban Democracy Act (CDA) in the U.S. Congress, sponsored by Congressman Torricelli, and the Cuban Liberty Act (CLA), also known as the Helms-Burton Act, have resulted in a severe tightening of the embargo, specifically impacting medicines and medical equipment. The exact reasons for the embargo were stated in both Acts,

⁶⁰ See a very similar analysis regarding the Palestinian question and the role played by Israel, in Noam CHOMSKY and Ilan PAPPÉ, *On Palestine*, Penguin Books UK, 2015, pp. 6-7.

⁶¹ Tyler FRANCIS and Thomas DUNCAN, “The Cuban Experiment: A 50+ Year Embargo as a Failed Means of Promoting Economic and Political Development”, 2016, p. 1, available at < <https://ssrn.com/abstract=2773693> >.

⁶² *Ibid*, p. 3.

⁶³ Joy GORDON, “The US Embargo against Cuba and the Diplomatic Challenges to Extraterritoriality”, *Fletcher Forum of World Affairs*, 2012, Vol. 36, pp. 63-79.

particularly in Section 6002 (1) of the CDA, which says the embargo intended “to seek a peaceful transition to democracy and a resumption of economic growth in Cuba, through the careful application of sanctions directed at the Castro government and support for the Cuban people”⁶⁴.

What is pertaining to note in this case is that the U.S. unilateral coercive measures against Cuba are multifaceted, since they not only involve various types of measures, but also affect different sectors. For instance, these measures prohibit travel, transactions in U.S. currency, trade with U.S. companies, export of medical equipment to treat certain pathologies, export of technologies which impaired the development of Cuba’s agricultural and food processing sectors, among others. Additionally, U.S. block Cuba’s access to International Financial Institutions, and they also impose restrictions on third countries, as secondary sanctions, that trade with Cuba⁶⁵.

The Cuban case brings several lessons. Firstly, the embargo and the additional coercive measures added in the 1990s have devastated the people they were intended to help, as the American Association for World Health (AAWH) reported in 1997: “(...) the US embargo of Cuba has dramatically harmed the health and nutrition of large numbers of ordinary Cuban citizens. As documented by the attached report, it is our expert medical opinion that the US embargo has caused a significant rise in suffering -and even deaths- in Cuba⁶⁶”.

The negative impact on human rights of these UCM continue to be documented⁶⁷. For example, the annual report of the UN Secretary-General⁶⁸ has become an important platform, highlighting the adverse impact of the U.S. embargo on Cuba, and reaffirming the almost universal call for its end. This report has provided evidence of the consequences of the blockade on the Cuban people⁶⁹.

⁶⁴ Section 6002 (1), *Cuban Democracy Act*, United States Congress, 1992.

⁶⁵ Joy GORDON, “Economic Sanctions as ‘Negative Development’: The Case of Cuba”, *Journal of International Development*, 2015, Vol. 28, p. 474.

⁶⁶ American Association of World Health (AAWH), *Report on the Impact of the US Embargo on Health and Nutrition in Cuba*, 1997, p. 1.

⁶⁷ See UN HRC, *Report of the Special Rapporteur on the negative impact of unilateral coercive measures on the enjoyment of human rights*, UN Doc A/HRC/42/46, July 2019, hereafter ‘Report of the SR (2019)’, p. 4.

⁶⁸ The report is elaborated with contributions of Member States, UN system agencies and other intergovernmental organizations, such as the World Health Organization (WHO) and Food and Agriculture Organization (FAO).

⁶⁹ Vicente YU and Adriano TIMOSSI, “Impacts of Unilateral Coercive Measures in Developing Countries: the need to end the US embargo on Cuba”, *South Centre: Policy Brief*, Vol. 66, 2019, p. 2.

Secondly, the U.S. embargo has exerted significant losses on the Cuban economy. The government of Cuba reported accumulated losses caused by the embargo amounting more than US\$ 933,678,000,000⁷⁰. In the same line, several international organisations reported that the embargo directly impacted all projects of the United Nations Development Programme (UNDP) and other emergency activities⁷¹.

The repeated condemnations by the international community of these UCM against Cuba have gained nearly universal consensus. For example, in 2016, the UN General Assembly resolution on the necessity of ending the U.S. embargo against Cuba, was adopted for the first time ever with 191 votes in favor, none against and only two abstentions (U.S. and Israel)⁷². This resolution was initially tabled in 1992, and since then this was the first time that these two countries decided to vote with abstention, which marked a unique moment in the history of multilateralism⁷³. However, this engagement policy by the U.S. with Cuba proved to be short-lived⁷⁴. The adoption in 2017 and 2018 of more UCM by the new U.S. administration, and the reversal of other policies, marked the return to a policy of isolating Cuba with severe impacts on its economy and people⁷⁵.

For example, in November 2022, the United Nations General Assembly (UNGA) resolution on the necessity of ending the US embargo against Cuba shows a slight change from the 2016 voting process. In this occasion, 185 States were in favour⁷⁶, 2 against (Israel and U.S.), with 2 abstentions (Brazil, Ukraine). In June 2021, the vote was almost the same⁷⁷. The

⁷⁰ UNGA, *Report of the Secretary-General. Necessity of ending the economic, commercial and financial embargo imposed by the United States of America against Cuba*, UN Doc. A/73/85, 2018, p. 54.

⁷¹ *Ibid*, p. 140. The report states that “The embargo has had a direct impact on all UNDP development projects and emergency activities, both because it increases the transaction costs of obtaining project inputs and because it increases the cost of transporting the imported goods. Finding alternative shipping companies requires additional time and effort. As a result, projects have been affected by significant delays in the purchase and distribution of project inputs, which has had a negative impact on the timely implementation of project activities and results.”

⁷² UN Press Releases, “As United States, Israel Abstain from Vote for First Time, General Assembly Adopts Annual Resolution Calling for Lifting of United States Embargo on Cuba”, (26 October 2016) available at <<https://www.un.org/press/en/2016/ga11846.doc.htm>>

⁷³ Vicente YU and Adriano TIMOSSO, “Impacts of Unilateral Coercive Measures”, *Op. Cit.*, p. 2.

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ “Moreover, the real number of member states that would have voted against the blockade is 186. However, Venezuela was unable to do so because its UN voting rights were temporarily suspended, due to Venezuela’s inability to pay member fees to the United Nations, ironically because of the illegal U.S. blockade and sanctions against it”. See Ben NORTON, “Entire world votes 185 to 2 against blockade of Cuba–U.S. and Israel are rogue states at UN”, *MROnline*, 5 November 2020. Available at <<https://mronline.org/2022/11/05/entire-world-votes-185-to-2-against-blockade-of-cuba-u-s-and-israel-are-rogue-states-at-un/>>

⁷⁷ UNGA Res. 75/289, UN Doc. A/RES/75/289, 28 June 2021, p. 2.

only difference was that Colombia's previous right-wing government had abstained, whereas its new left-wing President, Gustavo Petro, opposes the embargo⁷⁸. In the 2022 resolution, the UNGA reiterated its call upon all states "to refrain from promulgating and applying laws and [unilateral coercive] measures (...), in conformity with their obligations under the Charter of the United Nations and international law"⁷⁹.

In other words, the Cuban Democracy Act (*Torricelli Act*) and the Cuban Liberty Act (*Helms-Burton Act*) adopted by the U.S., can be cited as a clear example of extraterritorial application, as it threatens to sanction third countries, companies or individuals outside the U.S. territory, trading with the Government of Cuba. In fact, the extraterritoriality of these UCMs applied to Cuba, comes from the application of secondary sanctions outside the U.S. jurisdiction against third States, third State nationals or entities for their trade, cooperation, or association with the Cuban administration (affected by primary sanctions)⁸⁰. As the International Court of Justice has repeatedly pointed out, the exercise of extraterritorial jurisdiction is clearly contrary to international law⁸¹. The Special Rapporteur, Alena Douhan, also recalls the existence of general consensus on the illegality of the application of extraterritorial measures from the side of legal doctrine and among directly targeted States⁸².

Finally, it is difficult to measure the exact impact of these measures on the Cuban economy because Cubans have been very inventive at redirecting resources and have employed other means of compensating for the losses caused by the embargo. Additionally, the embargo's impact is extended when the prohibitions also impose penalties on foreign companies and third countries when trading with Cuba. Furthermore, the effect of the embargo increases when the U.S. hold a monopoly on specific goods or controls access to international financial institutions. In the Cuban case, the embargo has effectively functioned as a "global" coercive measure rather than a "unilateral" one⁸³.

⁷⁸ Ben NORTON, *loc. Cit.*

⁷⁹ UNGA Res. 77/7, UN Doc. A/RES/77/7, 28th plenary meeting, 77th session, 8 November 2022, p. 2, § 2.

⁸⁰ UN HRC, Report of the SP, 2021, p. 11, § 53.

⁸¹ ICJ, Arrest Warrant of 11 April 2000 (*Democratic Republic of the Congo v. Belgium*), Judgment of 14 February 2002, p. 3.

⁸² UN HRC, Report of the SP, 2021, p. 11, § 59.

⁸³ Joy GORDON, "The U.S. Embargo Against Cuba and the Diplomatic Challenges to Extraterritoriality", *Fletcher Forum of World Affairs*, 2012, Vol. 36, no. 1, pp. 63-79

1.2. The Nicaraguan experience confronting U.S. unilateral coercive measures

In terms of judicial resources, the Nicaraguan case is without hesitation, the most prominent⁸⁴. From 1981 to 1990, the U.S. government was engaged in a “concerted and multifaceted campaign to overthrow the government of Nicaragua”⁸⁵. As part of this campaign, the U.S. implemented a combined strategy of coercion that included several unilateral actions such as mine Nicaraguan ports, conduct military manoeuvres, train, arm, and provide financial and logistical support to the *Contras*⁸⁶, cease economic aid, and impose a trade embargo.

In this regard, in April 1984, Nicaragua filed an application instituting proceedings at the International Court of Justice (ICJ) against the U.S., together with a Request for the indication of provisional measures. The application sets forth massive violations on the part of the US of its obligations to Nicaragua by using armed forces against it; by organizing, training, and supporting a mercenary army operating against Nicaragua from military bases in Honduras; by invading Nicaraguan airspace and attacking central economic installations, all in violation of Nicaragua’s sovereignty⁸⁷.

On 27 June 1986, the ICJ delivered its judgement on the merits. The findings included a rejection of the justification of “collective self-defence” advanced by the U.S., and a statement that the U.S. had violated the obligations imposed by customary international law not to intervene in the affairs of another state, not to use force against another state and not to infringe the sovereignty of another state⁸⁸. In this decision, the ICJ qualified for the first time the term “coercion” as the “fundamental component of an illegal intervention”, as follows:

“(…) Intervention is wrongful when it uses methods of coercion in regard to such choices, which must remain free ones. The element of *coercion*, which defines, and indeed forms the very essence of, prohibited intervention, is particularly obvious in the case of an intervention which uses force, either in the direct form of military action,

⁸⁴ This situation was brought before the International Court of Justice (ICJ) in 1984. For more information see ICJ, Judgement on Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (*Nicaragua v United States of America*) 27 June 1986.

⁸⁵ William LEOGRANDE, “Making the economy scream: US economic sanctions against Sandinista Nicaragua”, *Third World Quarterly*, 1996, Vol 17, No 2, pp. 329-348.

⁸⁶ *Contras* is the Spanish term used to designate those who oppose or fight against the Nicaraguan Government of the President Daniel Ortega.

⁸⁷ ICJ, *Memorial of Nicaragua. Questions of jurisdiction and/or admissibility*, 1984, p. 361.

⁸⁸ ICJ, *Nicaragua v. United States of America (Overview of the case)*, 1986, available at < <https://www.icj-cij.org/en/case/70> >.

or in the indirect form of support for subversive or terrorist armed activities within another state”⁸⁹.

Despite the provisional measures and the judgement delivered by the ICJ, the damage has already been done. Nicaragua was suffering a severe recession due to the economic embargo initially imposed by Reagan in 1985 through an Executive Order⁹⁰. Even when the *Contra* war failed to achieve its aim of overthrowing the Sandinista government by military means; economic coercive measures succeeded in devastating the Nicaraguan economy, which brought consequences for the *Sandinistas*⁹¹ in the next elections.

In February 1990, there was a presidential election in Nicaragua. The opposition coalition, headed by Violeta Chamorro, won with a surprising victory. Chamorro took 54.7 per cent of the popular vote for president, to Daniel Ortega’s 40.8 per cent⁹². The Bush administration celebrated Chamorro’s victory and decided to leave the economic embargo imposed by Reagan and asked the U.S. Congress to provide US\$300 million in “economic assistance” for the new right-wing Nicaraguan government⁹³.

In the same line, the Bush administration started exerting pressure on President Chamorro to abandon the ICJ judgment and the US\$17 billion Nicaragua won against the U.S. at the International Court of Justice⁹⁴. In this regard, Nicaragua decided to abandon the case in 1991. The U.S. told the Court that it welcomed the discontinuance and, on 26 September 1991, by order of the ICJ president, the case was removed from the Court’s List⁹⁵.

As we can observe, when Sandinistas left the power in 1990, the U.S. decided to cease the unilateral coercive measures. However, Daniel Ortega won reelection in 2006 and again in

⁸⁹ ICJ, *Nicaragua v. United States of America (Merits)*, 1986, para 205. (Emphasis added)

⁹⁰ U.S., Executive Order No 12513, *Prohibiting trade and certain other transactions involving Nicaragua*, 1985.

⁹¹ “Sandinistas” is the Spanish name given to a member of a left-wing Nicaraguan political organization called the Sandinista National Liberation Front (El Frente Sandinista de Liberación Nacional), which came to power in 1979 after overthrowing the dictator Anastasio Somoza. See *Oxford Languages Dictionary*.

⁹² Envío digital, “A vote for Peace-Will it come?” (Envío, Información sobre Nicaragua y Centroamérica, March 1990) available at <<https://www.envio.org.ni/articulo/2586>>.

⁹³ Lawrence EAGLEBURGER, “US assistance to Panama, Nicaragua”, *Current Policy Series*, U.S. Department of State, 1990, Vol. 1264, p. 5.

⁹⁴ Mark A. UHLIG, “U.S. Urges Nicaragua to Forgive Legal Claim” (The New York Times, 30 September 1990) available at <<https://www.nytimes.com/1990/09/30/world/us-urges-nicaragua-to-forgive-legal-claim.html>>

⁹⁵ ICJ, *Order of the President of the International Court of Justice*, Case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, 26 septiembre 1991, available at <<https://www.icj-cij.org/en/case/70>>

2011 and 2016, and his domestic opponents began the lobby with the U.S. representatives to reimpose coercive measures.

In political terms, 2018 was a challenging year for Nicaragua. A violent attempt to overthrow the Nicaraguan government had occurred when a group of demonstrators, ostensibly financed and supported by external sources, went to the streets demanding Ortega's resignation⁹⁶. In this context, the former U.S. National Security Advisor, John Bolton, said that Nicaragua was part of a “troika of tyranny” in Latin America alongside Cuba and Venezuela. He stated that “Until free, fair, and early elections are held, (...) the Nicaraguan regime, like Venezuela and Cuba, will feel the full weight of America's robust sanctions regime”⁹⁷. Following their threats, that year in November, former President Trump issued an Executive Order⁹⁸ blocking all property in the U.S. of persons related to the Government of Nicaragua.

Additionally, in December 2018, the U.S. passed the *Nicaragua Human Rights and Anticorruption Act*⁹⁹. This Act sought to oppose loans at international financial institutions for the Government of Nicaragua. For example, the World Bank (WB), which having praised Nicaragua's use of international funds to relieve poverty and finance projects, suddenly ceased funding Nicaraguan projects in that year. It was until 2020, when the WB tardily helped respond to the Covid-19 pandemic and to the consequences of two hurricanes in Central America which severely affected Nicaragua¹⁰⁰.

In June 2021, President Biden expanded the list of UCM against Nicaragua, adding four individuals who supported President Ortega to the Sanctions list¹⁰¹. Later, in November, the U.S. Congress passed the *Reinforcing Nicaragua's Adherence to Conditions for Electoral*

⁹⁶ AFP, “La crisis política de Nicaragua desde 2018”, (France 24, 8 Novembre 2021) available at <<https://www.france24.com/es/minuto-a-minuto/20211108-la-crisis-pol%C3%ADtica-de-nicaragua-desde-2018>>

⁹⁷ AFP, “US sanctions Nicaraguan first lady over abuses” (France 24, 27 November 2018) available at <<https://www.france24.com/en/20181127-us-sanctions-nicaraguan-first-lady-over-abuses>>

⁹⁸ US Presidential Documents, Executive Order 13851, Blocking Property of Certain Persons Contributing to the Situation in Nicaragua, (US Federal Register, Vol. 83, No. 230, 27 November 2018) available at <https://home.treasury.gov/system/files/126/nicaragua_eo.pdf>

⁹⁹ This Act was originally introduced with the title “Nicaraguan Investment Conditionality Act” (NICA Act) in 2017. For more information see US Congress, “Nicaragua Human Rights and Anticorruption Act of 2018”, available at <<https://www.congress.gov/bill/115th-congress/house-bill/1918/all-info.>>

¹⁰⁰ John PERRY, “Sanctions May Impoverish Nicaraguans, but Likely Will Not Change their Vote” (Nacla, 6 August 2021) available at <<https://nacla.org/sanctions-may-impoverish-nicaraguans-will-not-change-their-vote>>

¹⁰¹ US, Department of the Treasury, “Treasury Sanctions against Nicaraguan Officials for Supporting Ortega's Efforts to Undermine Democracy, Human Rights, and the Economy”, (US Press Releases, 9 June 2021) available at <<https://home.treasury.gov/news/press-releases/jy0218>>

Reform Act, also known as RENACER Act. According to the U.S. administration, this bill was adopted to address alleged corruption and human rights abuses in Nicaragua.

In conclusion, the analysis of the Nicaraguan experience facing the U.S. pressure, have demonstrate; firstly, that unilateral coercive measures can be highly destructive against the economy of a developing country. Secondly, these coercive measures have enormous intrusive capabilities in matters considered within the *domaine réservé* of a State, such as economic, social, and political affairs, including electoral processes. Finally, the U.S. unilateral coercive measures originally targeted government officials, however the most affected were the Nicaraguan people, negatively impacting on the enjoyment of their fundamental human rights and the economy of the country.

1.3. The progressive escalation of U.S. coercive measures against Venezuela

The U.S. have been applying a growing number of unilateral coercive measures on the Bolivarian Republic of Venezuela for more than a decade and has “blacklisted” the country on various grounds¹⁰². These U.S. measures imposed against Venezuela are currently more extensive than those of the Nicaraguan program, starting since 2005, and being steadily increased since 2014, with a slight change in 2022. At the present, more than 43 UCM have been adopted against Venezuela by the U.S. through: Executive Orders, Laws, General Licenses, and others. These coercive measures have effectively paralysed the economy, blocked oil exportation globally, and frozen Venezuelan financial assets abroad while denying access to international financial systems. This loss in oil revenue and assets has amounted to a shortfall worth billions of U.S. dollars, prohibiting the importation of essential, lifesaving products and technological equipment¹⁰³.

In this regard, the first set of U.S. unilateral coercive measures was declared in 2005, when the United States has made an annual determination that Venezuela has “failed demonstrably (...) to make substantial efforts to adhere to its obligations under international counter-narcotics agreements”¹⁰⁴. In 2006, Venezuela has also been subjected to terrorism-related measures, as U.S. officials have expressed concern about the lack of cooperation on

¹⁰² UN HRC, Report of the SR, 2019, p. 6, § 17.

¹⁰³ Tanya ZAKRISON and Carles MUNTANER, “US sanctions in Venezuela: help, hindrance, or violation of human rights?” (The Lancet, Vol. 396, 29 June 2019), p. 2586.

¹⁰⁴ UN HRC, Report of the SR, 2019, p. 6, § 17.

U.S. anti-terrorism efforts. As a result, the U.S. have prohibited all commercial arms sales and retransfers to Venezuela¹⁰⁵.

In 2014, the U.S. Congress passed the first law against Venezuela named “*the Venezuela Defense of Human Rights and Civil Society Act*”¹⁰⁶, which was signed by President Obama, to impose targeted sanctions on certain individuals in Venezuela that were alleged as responsible for violations of human rights committed during the 2014 Venezuelan protests. In 2015, President Obama also decided to adopt an Executive Order to declare Venezuela as “an unusual and extraordinary threat to the national security and foreign policy of the United States”¹⁰⁷. For this reason, the U.S. government declared “a national emergency to deal with that threat”.

In 2017, more coercive measures were adopted against the Venezuelan government and its state entities, including State oil company, Petroleos de Venezuela (PDVSA) and the Central Bank of Venezuela (BCV), blocking them from transactions and access to U.S. and other financial markets¹⁰⁸. In 2018, the U.S. Government took three Executive Orders. Firstly, to prohibit all transactions in any digital currency or digital coin, that was issued by, for, or on behalf of the Government of Venezuela¹⁰⁹; Secondly, to prohibit all transactions related to the purchase of any debt owed to the Government of Venezuela¹¹⁰, and third, to set forth a framework to block the assets of and prohibit certain transactions with persons operating in the gold sector, as well as to suspend the entry of such persons in the U.S. territory¹¹¹.

In 2019, the U.S. decision to stop recognizing the government of President Maduro, in favour of the self-proclaimed “*president interim*” Juan Guaido, former President of the Venezuelan Parliament, has been met with threats of military intervention in the name of humanitarian intervention¹¹². All this has added to an already unstable political situation and a difficult economic situation, terrible repercussions on the enjoyment of human rights.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 6, §18.

¹⁰⁶ US Congress, *Venezuela Defense of Human Rights and Civil Society Act*, 2014, available at <<https://www.congress.gov/bill/113th-congress/senate-bill/2142>>.

¹⁰⁷ US Presidential Documents, Executive Order No 13692, *Blocking Property and Suspending Entry of Certain Persons Contributing to the Situation in Venezuela*, (Federal Register, Vol. 80, No. 47, 8 March 2015).

¹⁰⁸ US Presidential Documents, Executive Order No 13808, *Imposing Additional Sanctions With Respect to the Situation in Venezuela* (Federal Register, Vol. 82, No. 16624, August 2017).

¹⁰⁹ US Presidential Documents, Executive Order No 13827, *Taking Additional Steps to Address the Situation in Venezuela* (Federal Register, March 19, 2018).

¹¹⁰ US Presidential Documents, Executive Order No 13835, *Prohibiting Certain Additional Transactions with Respect to Venezuela* (Federal Register, May 21, 2018).

¹¹¹ US Presidential Documents, Executive Order 13850, *Blocking Property of Additional Persons Contributing to the Situation in Venezuela* (Federal Register, November 1, 2018).

¹¹² UN HRC, Report of the SR, 2019, p. 6, § 16.

International observers generally agree that the UCM adopted by the U.S., have played a non-negligible role in crippling the economy of Venezuela¹¹³. Then, the U.S. administration imposed further coercive measures through two additional Executive orders namely “Taking Additional Steps to Address the National Emergency with Respect to Venezuela”¹¹⁴ and “Blocking Property of the government of Venezuela”¹¹⁵. The first implies the amendment of the previous five Executive orders to extend the measures to any person who has acted or purported to act directly or indirectly for or on behalf of, the government of Maduro, PDVSA, and the Central Bank. The Second means that all the property of the Venezuelan government located within the U.S. territory, including accounts with incomes from the oil industry, would be freeze and could not be transferred, paid for, exported, withdrawn, or otherwise processed.

At the time of writing, there were seven Executive Orders adopted by the U.S. against Venezuela since 2015 in different areas, notably in the food, petrol, gold, oil, and other financial sectors of the Venezuelan economy¹¹⁶, and more than 28 General Licenses, which is an authorization delivered by the U.S. Office of Foreign Assets Control (OFAC) to engage in a transaction that otherwise would be prohibited.

In particular, the freezing of assets of the Venezuelan government has had terrible consequences on the human rights of the population to provide their citizens’ basic needs, including food and medicines. These difficulties have increased in the context of the Covid-19¹¹⁷. As the coercive measures caused the overall loss of more than US\$38 billion in the past

¹¹³ *Ibid.*, p. 6, § 16.

¹¹⁴ US Presidential Documents, Executive Order No 13857, *Taking Additional Steps To Address the National Emergency With Respect to Venezuela* (Federal Register, January 25, 2019).

¹¹⁵ US Home Treasury, Executive Order No 13884, *Blocking Property of the Government of Venezuela*, (5 August 2019).

¹¹⁶ For more information about the US Executive Orders against Venezuela see: <<https://home.treasury.gov/policy-issues/financial-sanctions/sanctions-programs-and-country-information/venezuela-related-sanctions>>.

¹¹⁷ For example, during the pandemic, the Bank of England refused to unfreeze any part of the US\$1 billion in gold held from the Central Bank of Venezuela, for procuring medicines and other humanitarian goods, as reported by the United Nations Development Programme (UNDP). For more details see Corina PONS and Mayela ARMAS, “Exclusive: Venezuela asks Bank of England to sell its gold to U.N. for coronavirus relief – sources” (*Reuters*, 29 April 2020) available at <<https://www.reuters.com/article/us-health-coronavirus-venezuela-gold-exc-idUSKBN22B30X>>; and also see UN HRC, Report of the Special Rapporteur on the negative impact of unilateral coercive measures on the enjoyment of human rights, UN Doc A/HRC/45/7, 21 July 2020, hereafter “Report of the SR, 2020”, p. 9.

years, more cuts in imports of medicine, food, and medical equipment, are foreseeable in the immediate future¹¹⁸.

In this regard, the UN Special Rapporteur on the negative impact of unilateral coercive measures on the enjoyment of human rights, Alena Douhan, declares after her official visit to Venezuela in 2021 that, the hardening of U.S. unilateral coercive measures has:

(...) undermined the positive impact of the multiple reforms and the state's capacity to maintain infrastructure and continue to implement social programmes. Today, Venezuela faces a lack of necessary machinery, spare parts, electricity, water, fuel, gas, food and medicine. Venezuelan assets frozen in the US, the UK and the EU banks amount to US\$6 billion. The purchase of goods and payments by public companies are blocked (...) To mitigate this economic and financial strangulating and the related growing over-compliance the government adopted in October 2020 the Anti-Blockade Constitutional Law¹¹⁹.

In addition, the Special Rapporteur stated that the scarcity of resources and reluctance of foreign partners, banks, and delivery companies to deal with Venezuelan partners, mainly because of U.S. measures, have resulted in the impossibility to buy the essential technological and medical equipment, undermining the enjoyment and exercise of the most fundamental rights to life, food, water, health, housing and education¹²⁰. In fact, these measures have had a devastating effect on the Venezuelan people, especially the most vulnerable, such as women, children, the elderly, people with disabilities, and indigenous communities¹²¹.

In this regard, the Venezuelan government has qualified these coercive measures as “crimes against humanity” and submitted a referral to the International Criminal Court pursuant to Article 14 of the Rome Statute on 13 February 2020, regarding the situation in its own territory. The case is currently being investigated by the pre-trial Chamber¹²².

¹¹⁸ ICSLATAM, “Venezuela loses \$38 billion for US sanctions” (19 February 2019) available at <<https://www.icslatam.com/venezuela-loses-38-billion-for-us-sanctions?lang=en>>

¹¹⁹ UN HRC, *Report of the Special Rapporteur on the negative impact of unilateral coercive measures on the enjoyment of human rights, Alena Douhan. Visit to the Bolivarian Republic of Venezuela*, Doc. A/HRC/48/59/Add.2, 6 September 2021, p. 5. For further details on the Venezuelan Anti-Blockade Constitutional Law, see GACETA OFICIAL DE VENEZUELA, No 6.583 Extraordinario, *Ley Constitucional Antibloqueo para el Desarrollo Nacional y la Garantía de los Derechos Humanos*, 12 de octubre 2020.

¹²⁰ *Ibid.*, p. 5-6.

¹²¹ *Ibidem*.

¹²² See ICJ, Preliminary examination, Venezuela II, available at <<https://www.icc-cpi.int/venezuela-ii>>

However, the author takes note of a recent slight change in the U.S. policies regarding Venezuela. In the current international context, the rise of oil prices has put pressure on the U.S. administration to find alternative sources to replace the Russian oil. In a meeting celebrated in March 2022 between U.S. and Venezuelan officials, the U.S. Treasury Department decided to slightly eased restrictions to discuss future cooperation with the Venezuelan oil companies¹²³.

In conclusion, this brief empirical review shows the important role that UCM have played in the conduct of U.S. foreign policy. Here again, the U.S. have played the dominant role as guardian of its version of morality, where Human Rights, have become *cause célèbre* to adopt unilateral coercive measures¹²⁴, as well as a reason to intervene in the internal affairs of other States.

The details of this analysis are relevant to the present discussion because they bring up the question of how Latin American countries have reacted to these measures contributing in a certain way in the development of an emerging legal framework, in order to resist and condemn the use of unilateral coercive measures, as we will examine in the next section.

2. CONTRIBUTIONS OF LATIN AMERICAN COUNTRIES TO CONDEMN UNILATERAL COERCIVE MEASURES. THE DEVELOPMENT OF THE PRINCIPLE OF NON-INTERVENTION

As Professor Marcelo Kohen argued, from their birth to independent life, the Latin American States have exercised an important influence in the development of international law¹²⁵. Having arrived in the international society in the first quarter of the nineteenth century, Latin American states found an international law that was not favourable to them. The colonization of non-European territories, the existence of a monarchical legitimacy promoted by the Holy Alliance, the use of force in international relations, were some of the rules which characterized the international law at the time¹²⁶.

In this regard, the LA States in the nineteenth century laid the foundations for the transformations of the international legal system that took place later. During the following century, these rules were generalized one after the other, to become part of today content of

¹²³ Congressional Research Service (CRS), *Venezuela: Overview of U.S. Sanctions*, version 37, Updated May 23, 2022. Available at <https://sgp.fas.org/crs/row/IF1_0715.pdf>

¹²⁴ Gary C. HUFBAUER, Jeffrey SCHOTT and Kimberly Ann ELLIOT, *Economic Sanctions Reconsidered*, pp. 7-8.

¹²⁵ Marcelo KOHEN, « La Contribution de l'Amérique Latine au Développement Progressif du Droit International en matière territoriale », in *Relations internationales*, Presses Universitaires de France, No 137, 2009/1, p. 13.

¹²⁶ *Ibidem*.

general international law¹²⁷. For example, several efforts have been made by Latin American countries to resist and condemn the use of unilateral coercive measures. One of the most significant has been its influence in the development of the “principle on non-intervention” in the internal affairs of other states. At the present, the later principle is considered as the principal rule of international law that prohibits the use of coercion in inter-state relations¹²⁸. This principle is based on the idea that each state has an absolute sovereign right to define its political and economic regime without external interferences, and when another state intervenes in this sovereign right using coercive means, then they violate this principle.

As we have seen, in Latin America this principle was designed *a priori* as a protection against European dominance and its desire for recolonization. Later, this principle also influenced intraregional relations in the continent, particularly to protect the LA countries against the U.S. interventions.

In the section that follows, this Article shows, firstly, the Latin American influence in the development of a regional legal framework to regulate the use of unilateral coercive measures. Secondly, this paper examines the efforts of Latin American countries to condemn UCM in an International level.

2.1. Latin American influence in the development of a regional legal framework

Latin American countries have played a pioneering role in developing the principle of non-intervention, as highlighted by the works of the Haitian lawyer Jacques Noël¹²⁹. The author agrees with the conclusions reached by the latter, in which he shows a profound contradiction between the “rule of law”, which is the affirmation of the principle of non-intervention in the region, and the “state of facts” which results in repeated violations of this principle in the hemisphere by the U.S. In this regard, to use the terminology employed by Jean Salmon, this is a “situation that is both paradoxical and exemplary”¹³⁰.

In fact, at the beginning of the nineteenth century, the new states of Latin America denounced the practice of intervention by the great European powers, who were accused of

¹²⁷ *Ibid.*, p. 14.

¹²⁸ Mohamed HELAL, “On coercion in International Law” (*Op. Cit.*), p. 3.

¹²⁹ Jacques NOËL, *Le principe de non-intervention: théorie et pratique dans les relations inter- américaines*, Centre Henri Rolin de l'Institut de Sociologie de l'Université libre de Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, E. Bruylant, 1981.

¹³⁰ Jean SALMON, « Préface », in Jacques NOËL, *Le principe de non-intervention (Op. Cit.)*, p. I.

using force in the region to restore the *status quo* and impose political regimes on the former colonies. However, since the twentieth century, the concept of intervention has been used to denounce the U.S. imperialist policy¹³¹.

In this sense, Latin American states have implemented several steps to integrate the principle of non-intervention into regional law. One of the first steps was the adoption of the “Montevideo Convention on the Rights and Duties of States” in 1933, which proclaimed in Article 8 that: “No State has the right to intervene in the internal or external affairs of another”¹³².

Three years later, a new step was taken at the Inter-American Conference for the Maintenance of Peace, in Buenos Aires. At this occasion, it was decided by the participants, including the U.S., to adopt an “Additional Protocol relative to Non-Intervention”, which stipulates in Article 1 that “The High Contracting Parties declare inadmissible the intervention of any of them, directly or indirectly, and whatever the reason, in the internal or external affairs of any other of the Parties. Violation of the stipulations of this article will give rise to a mutual consultation to exchange ideas and seek procedures for peaceful settlement”¹³³.

In 1947, the non-intervention principle was adopted in the “Rio Treaty”, also known as the Inter-American Treaty of Reciprocal Assistance (TIAR), negotiated at the beginning of the Cold War to design a regional security system aimed to prevent and repel threats and acts of aggression against any of the countries of America. According to Article 1, the signatory states will “formally condemn war and undertake in their international relations not to resort to the threat or the use of force in any manner inconsistent with the provisions of the Charter of the United Nations or of this Treaty”¹³⁴. However, the Rio Treaty has been very controversial in the region since it was considered a tool used by U.S. to justify its interventions¹³⁵. For example, not all states in Latin America consider the treaty as legitimate. Several states have denounced this instrument and decided to withdraw their country from the mechanism, such as Mexico

¹³¹ Daniel COLARD, « Revue de la Thèse de Jacques Noël sur le principe de non-intervention », *Revue Études Internationales*, Vol. 14, No 2, 1983, pp. 357-360, available at <<https://www.erudit.org/fr/revues/ei/1983-v14-n2-ei3013/701508ar/>>

¹³² Article 8, Montevideo Convention on the Rights and Duties of States, 1933.

¹³³ Article 1, Additional Protocol on Non-Intervention, 1936.

¹³⁴ Article 1, Inter-American Treaty of Reciprocal Assistance (TIAR), 1947.

¹³⁵ Jean-Michel ARRIGHI, « L’Organisation des États Américains et le Droit International », *RCADI*, Vol. 355, 2012, pp. 262-268.

(2004), Bolivia (2014), Nicaragua (2014), Venezuela (2015), Ecuador (2016) and Uruguay (2019).

In 1948, during the 9th Inter-American Conference held in Bogota, was adopted the OAS Charter, which incorporated the non-intervention principle to its body. This text is among all constitutive charters of regional bodies, the only one that makes an “explicit reference” to the prohibition of the use of coercion in international relations, in Articles 19 and 20, as follows:

No state or group of states has the right to intervene, directly or indirectly, for any reason whatever, in the internal or external affairs of any other state. The foregoing principle prohibits not only armed force but also any other form of interference or attempted threat against the personality of the state or against its political, economic, and cultural elements¹³⁶.

No state may use or encourage the use of *coercive measures* of an economic or political character in order to force the sovereign will of another state and obtain from its advantages of any kind¹³⁷.

In the same line, different regional platforms have adopted Political declarations to condemn the U.S. interventionist actions and coercive measures. Just to mention a few, in an Emergency Summit of the Union of South American Nations (UNASUR), held in Quito, in March 2015, the Foreign ministers of 12 Member States, condemned the U.S. decision to declare Venezuela as a “security threat” and for imposing unilateral coercive measures against this country¹³⁸. UNASUR also qualified the U.S. actions against Venezuela as “a threat to the principle of non-interference in the internal affairs of other countries¹³⁹”.

In 2018, during the 15th Summit of Heads of States and Government of the Bolivarian Alliance for the Peoples of Our America- Peoples’ Trade Treaty (ALBA-TCP), held in Caracas, the Member States of this group adopted a Political Declaration to “reject the US unilateral coercive measures and sanctions imposed against the Bolivarian Republic of Venezuela that

¹³⁶ Article 19, OAS Charter, 1948.

¹³⁷ Article 20, OAS Charter, 1948 (Emphasis added).

¹³⁸ Infobae, “La UNASUR pidió a los Estados Unidos que derogue las sanciones contra Venezuela” (Infobae, 14 March 2015), available at <<https://www.infobae.com/2015/03/14/1715929-la-unasur-pidio-los-estados-unidos-que-derogue-las-sanciones-contra-venezuela/>>

¹³⁹ MERCOPRESS, “Unasur calls on the US to revoke measures against Venezuela and implement dialogue” (16 March 2015), available at <<https://en.mercopress.com/2015/03/16/unasur-calls-on-the-us-to-revoke-measures-against-venezuela-and-implement-dialogue>>

affects the life and development of the noble people of Venezuela and the enjoyment of their rights”¹⁴⁰.

Furthermore, the Community of Latin American and Caribbean States (CELAC), during its VI Summit of Heads of State and Government, held in Mexico, in September 2021, adopted a Political Declaration in which states “reiterate its rejection of the application of unilateral coercive measures contrary to international law and reaffirm its commitment to the full validity of international law, the peaceful settlement of disputes and the principle of non-intervention in the internal affairs of States¹⁴¹”.

It appears that solidarity and unity within those regional group are an important means to resist pressure from powerful States¹⁴². However, despite the progress achieved in integrating the principle of non-intervention at a regional level and to condemn the use of these measures in Political Declarations; some additional efforts have been needed on an international level to resist and condemn these measures and to show that they are contrary to the principles of the UN Charter and International law, as this paper will show in the next section.

2.2. Latin American efforts in an international level

Several declarations adopted by the UNGA, under the initiative of developing countries, including Latin American states, have considered the use of unilateral coercion as inconsistent with the principles of the UN Charter and International law. Firstly, the Declaration on the inadmissibility of intervention in the internal affairs of states and the protection of their independence and sovereignty of 1965; secondly, the Declaration on the principles of international law concerning friendly relations and cooperation between states of 1970; and third, the Charter of Economic Rights and Duties of States of 1974. These documents clearly declare that “No State may use or encourage the use of economic, political or any other type of measures to coerce another State in order to obtain from it the subordination of the exercise of its sovereign rights and to secure from it advantages of any kind”¹⁴³.

¹⁴⁰ TELESUR, “Declaration of The 15th ALBA-TCP Summit” (5 March 2018), available at

<<https://www.telesurenglish.net/analysis/Declaration-of-The-15th-ALBA-TCP-Summit-20180307-0014.html>>

¹⁴¹ CELAC, “Political Declaration of Mexico City, VI Summit of Heads of State and Government” (18 September 2021), available at the website <<https://www.gob.mx/presidencia/documentos/political-declaration-of-mexico-city-celac-2021?tab=>>

¹⁴² Alexandra HOFER, “The Developed/Developing Divide on Unilateral Coercive Measures” (*Op. Cit.*), p. 38.

¹⁴³ Declaration on the Inadmissibility of Intervention in the Domestic Affairs of States and the Protection of their Independence and Sovereignty (adopted 21 December 1965, UNGA Res. 2131 (XX)); Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter

As well, the illegal nature of UCM has been repeatedly affirmed in several resolutions of UNGA¹⁴⁴ and of the Human Rights Council (HRC)¹⁴⁵, reaffirming that “people should not be deprived of their means of subsistence, especially as concerns food and medicines, and that the extraterritorial application of the law, is inadmissible”¹⁴⁶.

For instance, the most recent UNGA Resolution 76/161, on *Human rights and Unilateral Coercive Measures*, submitted by the Non-Aligned Movement (NAM)¹⁴⁷, and adopted in 2021, by a recorded vote of 131 in favour to 54 against, with no abstentions, is clear, stating in its preambulatory paragraphs the conviction that “unilateral coercive measures are contrary to international law, international humanitarian law, the Charter of the UN and the norms and principles governing peaceful relations among states”¹⁴⁸. Furthermore, the same UNGA resolution emphasises that “unilateral coercive measures are stated to be one of the major obstacles to the implementation of the Declaration on the Right to Development and the 2030 Agenda for Sustainable Development”¹⁴⁹. It also condemned the inclusion of Member States in unilateral lists under false pretexts, including false allegations of terrorism sponsorship, considering such lists as instruments for political or economic pressure against developing countries¹⁵⁰. Several LA countries sponsored and supported this UNGA resolution, such as Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Dominican Republic, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Guyana, Haiti, Honduras, Mexico, Nicaragua, Panama, Paraguay, Peru, Uruguay, and Venezuela¹⁵¹.

In the same way, a second resolution entitled *Unilateral economic measures as a means of political and economic coercion against developing countries* is introduced on a bi-annual basis, on behalf of the G77 and China, and adopted at the UNGA Second Committee. Since 1994, this resolution urges:

of the United Nations (adopted 24 October 1970, UNGA Res. 2625 (XXV)); and Charter of Economic Rights and Duties of States (adopted 12 December 1974, UNGA Res. 3281 (XXIX)), Article 32.

¹⁴⁴ UNGA Res. 69/180, paras. 5–6; Res. 70/151 paras. 5–6 and Res. 71/193, paras. 5–6.

¹⁴⁵ UN HRC Res. 15/24, paras. 1–3 (2010); Res. 19/32, paras. 1–3 (2012); Res. 24/14, paras. 1–3 (2013); Res. 27/21, paras. 1–3 (2014); Res. 30/2, paras. 1–4 (2015); and Res. 34/13, paras. 1–2 (2017) and in the UNGA Res. 69/180, paras. 5–6 (2015); Res. 70/151 paras. 5–6 (2016) and Res. 71/193, paras. 5–6 (2017).

¹⁴⁶ See UN HRC, Report of the SR (2020), p. 4.

¹⁴⁷ Since 2006, the draft resolutions on this issue have been introduced by the Cuban Delegation on behalf of the NAM.

¹⁴⁸ UNGA, Resolution 76/161, UN Doc. A/RES/76/161, 16 December 2021, p. 2.

¹⁴⁹ *Ibid*, p. 3.

¹⁵⁰ *Ibid*, p. 4.

¹⁵¹ See UNGA, *Official Records of the Seventy-sixth session*, 53rd plenary meeting, UN Doc. Doc. A/76/PV.53, New York, 16 December 2021.

“(…) the international community to adopt urgent and effective measures to eliminate the use of unilateral coercive economic measures against developing countries that are not authorized by relevant organs of the United Nations or are inconsistent with the principles of international law as set forth in the Charter of the United Nations and that contravene the basic principles of the multilateral trading system”¹⁵².

As Alexandra Hofer writes, both resolutions -NAM and G77+China- are traditionally adopted by a large majority¹⁵³. However, in the beginning, it was possible to observe a political rift in the voting patterns. For example, when the resolution on *Human rights and unilateral coercive measures* was first introduced in the UN in 1996, it was evenly split: 57 voted in favour, 45 voted against, and 59 abstained¹⁵⁴. Nevertheless, since then, the voting pattern has completely changed. In the last years, about 130 developing countries voted to condemn the UCM, whereas an average of 50 developed countries – mainly the U.S., the EU Member States, and their allies – cast a negative vote. Similarly, the resolution on *Unilateral economic measures as a means of political and economic coercion against developing countries* is currently adopted by a large majority against only two opposing votes emanating from the U.S. and Israel, and some abstentions from the EU Member States. Consequently, the two texts are typically adopted by slightly over two-thirds of the UNGA’s Member States, which could indicate an emerging customary international law¹⁵⁵.

Likewise, at the Online Mid-term Ministerial Conference of the NAM, held in July 2021, the Ministers of 120 countries undertook a review of the progress achieved in the implementation of the outcomes of the XVIII NAM Summit, held in Baku, Azerbaijan, in 2019. In the Political declaration adopted on this occasion, the Ministers expressed:

“[S]trong condemnation at the promulgation and application of unilateral coercive measures against Member States of the Movement, in violation of the Charter of the United Nations and international law, particularly the principles of nonintervention, self-determination and independence of States. In this respect, reiterate determination to denounce, and demand the repeal of, such measures, which affect

¹⁵² UNGA Res. 48/168 (22 February 1994) to UNGA Res 76/191 (17 December 2021).

¹⁵³ A. HOFER, “*The Developed/Developing Divide on Unilateral Coercive Measures*”, (*Op. Cit.*), p. 14.

¹⁵⁴ Voting result for UNGA Res. 51/103 (3 March 1997).

¹⁵⁵ A. HOFER, *Op. Cit.*, p. 14.

human rights and prevent the full economic and social development of the peoples subjected to them”¹⁵⁶.

Additionally, the Foreign Ministers of the Group of 77 and China, at their Forty-fifth annual Ministerial meeting in November 2021, reaffirmed their strong objection to the imposition of unilateral coercive economic measures against developing countries, which does not contribute to economic and social development¹⁵⁷.

Other organizations with a decidedly pro-South and development-focused mission, such as the United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), have also worked to condemn these measures. For example, during its Fourteenth Session, held in July 2016, in Kenya, was adopted the “Nairobi Maafikiano”, which basically means the Nairobi Consensus. This document calls all States to refrain from adopting any unilateral coercive measures, as follow:

“States are strongly urged to refrain from promulgating and applying any unilateral economic, financial or trade measures not in accordance with international law and the Charter of the United Nations that impede the full achievement of economic and social development, particularly in developing countries, and that affect commercial interests. These actions hinder market access, investments and freedom of transit and the well-being of the populations of affected countries”¹⁵⁸.

In the same line, we have observed different State reactions, notably from of our three cases studies, on an international level, which supports the idea that the Latin American experience facing these measures have contributed to the process which seeks to legally qualify these unilateral practices as “unlawful acts”. For example, the Cuban case has significantly contributed to the recognition of UCM as illegal in an international level. For example, the rejection of the U.S. embargo on Cuba has become so widespread within the international community that in 2018 a near-universal consensus was reached through the adoption of a UNGA Resolution. Moreover, several experts consider that the UNGA resolutions concerning the Cuban embargo have a broader scope and implications, since they contain language that

¹⁵⁶ NAM, *Political Declaration ‘Non-Aligned Movement at the center of multilateral efforts in responding global challenges’*, 13-14 July 2021, pp. 8-9, §47, available at <<http://www.dirco.gov.za/docs/2021/nam0714.pdf>>

¹⁵⁷ G77-China, *Ministerial Declaration on their forty-fifth annual meeting*, 30 November 2021, available at <<https://www.g77.org/doc/Declaration2021.htm>>

¹⁵⁸ UNCTAD, *Nairobi Maafikiano. From decision to action: Moving towards an inclusive and equitable global economic environment for trade and development*, Doc. TD/519/Add.2, 17–22 July 2016, pp. 8-9, §34.

clearly applies to unilateral coercive measures in general, whatever the context. Through the terms of the text, the UNGA Resolution reiterated its call upon all States to refrain from promulgating and applying laws and UCM, in conformity with their obligations under international law and the UN Charter¹⁵⁹.

In this regard, according to the first UN Special rapporteur on unilateral coercive measures, Idriss Jazairy (2019): “It would thus appear that the international community views as unlawful those unilateral coercive measures the extraterritorial effects of which affect the sovereignty of other States (...) Being almost universally proclaimed as such by the international community, that view therefore qualifies as an emerging rule of customary international law¹⁶⁰”.

Concerning the contributions of the Nicaraguan case to the legal qualification of these measures, in 1984, Nicaragua filed an application instituting proceedings at the ICJ against the U.S., for its unilateral actions supporting the military and paramilitary activities of the *Contras*. In 1986, the ICJ delivered its judgement on the merits. The findings included a statement that the U.S. had violated the obligations imposed by customary international law: not to intervene in the internal affairs of another state, not to use force and not to infringe the sovereignty of another state¹⁶¹. However, the most significant contribution of this judgement is that the ICJ qualify -for the first time- the term “coercion” as the “fundamental component of an illegal intervention”¹⁶², which lead us to deduce that the use of UCM represents a violation of the principle of non-interference, and by consequence, a breach of an international obligation.

Moreover, the Venezuelan case has also contributed to legally qualify these measures as unlawful acts. For example, the UN Special Rapporteur, Alena Douhan, considers that the state of “national emergency” declared by the U.S. Government in 2015, as the ground for introducing UCM against Venezuela, and repeatedly extended until now, do not correspond with the conditions required in Article 4 of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)¹⁶³, which allows a State to declare a public emergency when existing threatens

¹⁵⁹ UNGA Resolution 73/8, 1 November 2018, para. 2–3.

¹⁶⁰ UN HRC, Report of the SR, July 2019, p. 14, § 46.

¹⁶¹ ICJ, *Nicaragua v. United States of America* (Overview of the case), 1986, available at < <https://www.icj-cij.org/en/case/70> >.

¹⁶² ICJ, *Case Nicaragua v. United States of America* (Merits), 1986, para 205. (Emphasis added)

¹⁶³ Article 4.1. of the ICCPR establishes “In time of public emergency which threatens the life of the nation and the existence of which is officially proclaimed, the States Parties to the present Covenant may take measures derogating from their obligations under the present Covenant to the extent strictly required by the exigencies of

to the life of the nation. To explain this in practical terms, the U.S. used the argument that Venezuela was a threat to the U.S. security and the life of the Nation, in order to declare a public emergency in the country, and subsequently adopt measures against Venezuela. However, these grounds refer to an internal situation of a country and it does not fulfill the criteria of the existence of a real threat to the life of the U.S. nation¹⁶⁴, because Venezuela have not committed an act of aggression or a previous unlawful act against the U.S. In fact, without denying that each subject of international law is free to assess what constitutes a situation that threatens its security or not, the author contest the fact that a national assessment not founded in solid grounds or evidence, could legitimize an illegal interference in the internal affairs of another State, which is contrary to international law.

In addition to this, Professor Douhan declared that U.S. coercive measures against Venezuela do not fit the criteria applied to “countermeasures” to exclude the wrongfulness of its acts¹⁶⁵, in accordance with article 49, paragraph 1, of the Draft Articles on Responsibility of States, because countermeasures can be only taken by an injured State against a State which is responsible for an internationally wrongful act. In effect, there is an absence of grounds or evidence to demonstrate that the U.S. could qualify as an “injured State” in that circumstance, because, as a matter of fact, Venezuela has not perpetrated any international unlawful action against U.S. The same situation has been explained in the Reply submitted by Venezuela to the General Court of the European Union in 2022, claiming that the General Court should annul Council Regulation (EU) 2017/2063 concerning restrictive measures in view of the situation in Venezuela, as well as Council Decision (CFSP) 2018/1656 and Council Implementing Regulation (EU) 2018/1653. In this case, the Council denies in its answer that the nature of EU restrictive measures is “countermeasures *stricto sensu*”, arguing that they are not based on a previous offense. For its part, Venezuela fully agrees with the Council that the measures adopted against the country are not countermeasures because, Venezuela has not committed any international unlawful action against the EU or against any of its Member States¹⁶⁶. Since

the situation, provided that such measures are not inconsistent with their other obligations under international law and do not involve discrimination solely on the ground of race, colour, sex, language, religion or social origin”.

¹⁶⁴ UN HRC, *Report of the Special Rapporteur on the negative impact of unilateral coercive measures on the enjoyment of human rights, Alena Douhan. Visit to the Bolivarian Republic of Venezuela*, Doc. A/HRC/48/59/Add.2, 6 September 2021, p. 14, § 81.

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 14, § 82-83.

¹⁶⁶ Reply submitted by the Bolivarian Republic of Venezuela to the General Court of the European Union, 2022, pursuant to Article 83(1) of the Rules of Procedure of the General Court, in Case T-65/18 RENV concerning an application pursuant to Article 263 of the Treaty on the Functioning of the European Union for the annulment of Council Regulation (EU) 2017/2063 of 13 November 2017 concerning restrictive measures in view of the situation

they are not countermeasures, the Council purports to justify the restrictive measures as a sort of “international sanctions”. However, these measures are adopted without any legal basis because there is no mandate from the UNSC. In the absence of prior authorization from the UNSC and considering that they are not countermeasures, it is clear that the measures are “unilateral coercive measures”¹⁶⁷.

These are just a few examples of the initiatives and efforts made on an international level by targeted Latin American states, as well as other Third countries, as part of groups of developing countries, such as the NAM and the G77 + China, which show an emerging consensus of the international community to condemn and resist the extraterritorial application of unilateral coercive measures. As we observe, a corpus of political and legal instruments has been devised to reject these unilateral actions. This is a positive evolution in international law and therefore deserves to be welcomed and continued.

3. LATIN AMERICA DIVIDE ON UNILATERAL COERCIVE MEASURES. CONTEMPORARY TRENDS AND DEVELOPMENTS

As this paper indicated at the beginning, the role played by Latin American countries has been mostly as *targeted states* rather than *coercing states*. However, most recently, LA states have also adopted coercive measures to promote political changes in the region. In other words, we have seen recently some Latin American countries having a more favourable approach to unilateral practices, also playing the role of coercing states. This situation marks a “break” from the past¹⁶⁸ and shows the contemporary trends in the region regarding the resort of unilateral coercion.

in Venezuela in so far as its provisions concern the Applicant, p. 12. See also Judgment of the EU General Court, 20 September 2019, *Venezuela v Council* (T-65/18), and also Judgment of the EU Court of Justice, 22 June 2021 (Grand Chamber), *Venezuela v Council (Whether a third State is affected)* (C-872/19 P).

¹⁶⁷ *Ibidem*.

¹⁶⁸ In the past, the Latin American attitude against intervention was clearer. For example, in 2014 during the Community of Latin American and Caribbean States (CELAC) Summit, thirty-three member states adopted the Declaration of La Havana, proclaiming Latin America and the Caribbean as a “Zone of Peace”. This declaration which emphasizes the necessity of global disarmament is based on the purposes and principles of the UN, in particular the prohibition of the threat and use of force, and on the obligation to negotiate disputes in conformity with the UN Charter. As the former Independent Expert on the Promotion of a Democratic and Equitable International Order, Alfred DE ZAYAS, emphasized, the Declaration of La Havana was “(...) a strong and positive example for the entire world”. However, the current trends in the region show that LA states are more favorable to the resort of unilateral coercive measures in Inter-states relations, and they are repeating the same US coercive tactics and methods, which means that there is a break with the past culture of non-intervention. Declaration of Alfred DE ZAYAS are available at <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=14215&>

This situation clearly illustrates a divide between Latin American States on unilateral coercive measures that should not be dismissed. In the interests of understanding how this division came into existence, the article proceeds to consider some of the recent unilateral practices in the region, notably against Venezuela, with the aim to produce a political change, and shows the position assumed by different LA countries.

For example, in August 2017, Venezuela was illegally suspended from the regional economic organization Mercado Común del Sur (MERCOSUR) by a decision of Argentina, Brazil, Paraguay, and Uruguay, based on political reasons, alleging a “rupture of the democratic order” in that country, in accordance with Article 3 and 4 of the Ushuaia Protocol. This suspension was presumed to be a political coercive measure against Venezuela adopted with the aim to promote and call for a transitional government¹⁶⁹. At this occasion, the Venezuelan government claimed that it is inadmissible to apply this protocol in false assumptions because no rupture of the democratic order had occurred in its territory¹⁷⁰.

Also, on the same month, a group of countries subscribed the “Lima Declaration”, a document which established the “Lima Group”, a political alliance composed initially by twelve countries¹⁷¹, with the common purpose of promoting a political change in Venezuela. On this occasion, not all the Latin American states subscribed to this Declaration, considering the latter as an illegal mechanism and a clear violation of the principle of non-intervention in the internal and external affairs of a State.

In May 2018, a progressive escalate of tensions occurred after the presidential elections in Venezuela, in which President Maduro was reelected for a second term. The results were boycotted by the national opposition coalition and rejected by the OAS Permanent Council and by the Lima Group. This triggered the path to impose new unilateral coercive measures by some actors. According to the Office of the High Commissioner for Human Rights’ preliminary study: Colombia banned the entry of several Venezuelans citizens with government ties; and Panama imposed coercive measures against Venezuelan individuals and entities considered to

¹⁶⁹ The resolution approved is available at <<https://www.mercosur.int/suspension-de-venezuela-en-el-mercosur/>>

¹⁷⁰ TELESUR, “Suspenden ilegalmente a Venezuela del Mercosur” (5 August 2017) available at <<https://www.telesurtv.net/news/Suspenden-a-Venezuela-del-Mercosur-20170805-0026.html>>

¹⁷¹ The Lima Group was originally composed by Argentina, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay y Perú.

be at risk of engaging in money laundering¹⁷². In 2019, the Lima Group countries agreed to ban the entry of Venezuelan officials in their territories and deny them access to their financial systems. Also, some States parties of the Rio Treaty approved a resolution allowing targeted measures against Venezuelan officials alleged to participate in human rights violations¹⁷³.

As observed, the Lima Group countries imposed economic sanctions against Venezuela and supported other countries to do the same, aggravating the economic and humanitarian situation in that country¹⁷⁴. However, some Latin American and Caribbean States, such as Mexico, Bolivia, Argentina, Peru, and Saint Lucia¹⁷⁵, decided to leave the Lima group due to their disagreement over unilateral practices to intervene in Venezuela. As well, other States, such as Uruguay, abandoned the TIAR, in response to the U.S. and Lima Group-led effort to use the treaty as a basis to sanction Venezuela, and to promote a military intervention in that country¹⁷⁶.

In this regard, in front of the current scenario of regional fragmentation, where on one hand, some subregional organisations such as CELAC, UNASUR and ALBA-TCP have repeatedly condemned the use of unilateral coercive measures and, on the other hand, the OAS, MERCOSUR and the Lima Group have supported unilateral practices, seems to demonstrate that at the present, no South American instance has the institutional guarantees to monitor and regulate the use of these unilateral practices¹⁷⁷. As Ramanzini Júnior, M. P. Mariano and J. Gonçalves argued “Unlike previous periods when regionalism and democracy evolved from the

¹⁷² OHCHR, *Preliminary findings of the visit to the Bolivarian Republic of Venezuela by the Special Rapporteur on the negative impact of unilateral coercive measures on the enjoyment of human rights*, 12 February 2021, available at <<https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=26747>>

¹⁷³ OEA, *Resolution to the Thirtieth Meeting of Consultation of Ministers of Foreign Affairs, Acting as the Consultative Organ in Application of the Inter-American Treaty of Reciprocal Assistance (TIAR)*, approved by 16 of the 19 states parties at the plenary meeting held in New York City, on September 23, 2019. Available at <https://www.oas.org/en/media_center/press_release.asp?sCodigo=S-018/19>

¹⁷⁴ Pedro BARROS, Julia. S. B. GONÇALVES, “Fragmentação da Governança Regional: o Grupo de Lima e a política externa brasileira (2017-2019)”, *Mundo e Desenvolvimento*, Vol. 2, No. 3, 2019, pp. 6-39.

¹⁷⁵ TELESUR, “Peru Confirms Extinction of US-Controlled Lima Group” (22 September 2021) available at <<https://www.telesurenglish.net/news/Peru-Confirms-Extinction-of-US-Controlled-Lima-Group--20210922-0007.html>>.

¹⁷⁶ Kyle RAPP and Nicolás ALBERTONI, “Uruguay and the Inter-American Treaty of Reciprocal Assistance” (Global American, 3 October 2019) available at <[¹⁷⁷ Pedro BARROS and Julia S. B. GONÇALVES, “Crisis in South American regionalism and Brazilian protagonism in Unasur, the Lima Group and Prosur”, *Revista Brasileira de Política Internacional*, August 2021, p. 12.](https://theglobalamericans.org/2019/10/uruguay-and-the-inter-american-treaty-of-reciprocal-assistance/#:~:text=On%20September%202024%2C%20Uruguay%20abandoned,a%20basis%20to%20sanction%20Venezuela.>></p></div><div data-bbox=)

effort to prevent the return to dictatorships by strengthening South American institutions for democracy protection; democracy in this new scenario has been used for domestic political purposes (...)”¹⁷⁸.

From a practical perspective, Latin America is divided on the issue of unilateral coercive measures. The aforementioned actions show that, a group of states seems to appear more favorable to impose unilateral coercive measures, and another group in the region is more inclined to support an approach focused on diplomatic negotiations rather than the imposition of pressure. However, it is important to mention that this trend, where some LA countries support the imposition of unilateral coercive measures, emerged in a specific period in the region, marked by a right-wing political configuration in the hemisphere, which means the existence of a majority of rightist governments. As Sanahuja and López argue, the political changes that took place from 2015 to 2018 in South America were followed by the emergence of a neo-patriotic far-right, whose political actions to impact the system rely on their ability to diffuse their ideology through discursive practices, either by leading governments (with Bolsonaro in Brazil and Duque in Colombia)¹⁷⁹.

However, we have seen how the left re-emerges on the continent, with the recently victory of Lula da Silva in Brazil, the arrival of Gustavo Petro in Colombia, the triumph of Gabriel Boric in Chile, the victories of Xiomara Castro in Honduras, the return of the Movement for Socialism (MAS) in Bolivia with Luis Arce and the already established governments of Manuel Lopez Obrador in Mexico and Alberto Fernández in Argentina, in addition to the left proposals of Pedro Castillo in Peru, which proves that the advance of leftist governments is undeniable in the region and this could mark a turning point on the issue of unilateral measures¹⁸⁰. As Rogelio Sierra Diaz explains “Since 2018, new political changes began to take place in Latin America, with the coming to power of progressive and nationalist leaders, suggesting a change in the correlation of forces (...) The end of the Lima Group with the departure of Mexico, Argentina and Peru, (...) [and] Mexican efforts to unfreeze the actions of

¹⁷⁸ Haroldo RAMANZINI JÚNIOR, M. P. MARIANO and Julia GONÇALVES, “The Quest for Syntony: Democracy and Regionalism in South America”, *Bulletin of Latin American Research*, 2021, pp. 1-15.

¹⁷⁹ Quoted by P. BARROS and J. GONÇALVES, *Op. Cit.*, p. 5. For more details see José Antonio SANAHUJA and Camilo LÓPEZ, “Las derechas neopatriotas en América Latina: contestación al orden liberal internacional”, in *Revista CIDOB d’Afers Internacionals*, 2020, No. 126, pp. 41-63, available at <<https://doi.org/10.24241/rcai.2020.126.3.41>>

¹⁸⁰ Diego M. RAUS, “La vuelta de la izquierda en América Latina (...) ¿Pero qué izquierda?”, (*Latinoamérica 21*, 24 March 2022), available at <<https://latinoamerica21.com/es/la-vuelta-de-la-izquierda-en-america-latina-pero-que-izquierda/>>

the Community of Latin American and Caribbean States (CELAC), are indicators that favor left-wing governments”. In this regard, the dissolution of the Lima group, which was one of the main regional actors involved in the promotion of UCMs against Venezuela, represents that the pressure and diplomatic harassment from the right-wing forces, will gradually cease, against Venezuela and probably, against other left-wing States. In addition, left leaders such as the Mexican President, Lopez Obrador, have condemned in the UNGA, the UCMs imposed by U.S. against Cuba, qualifying these as a “retrograde, medieval and inhumane measure”¹⁸¹. In the same way, the Argentinian President, Alberto Fernández, called for an end to the economic coercive measures faced by LA countries such as Cuba and Venezuela¹⁸². In accordance with the author’s opinion, the contemporary trends in the region show that a general consensus in Latin American on the illegality of unilateral coercive measures could be achieved in the near future”.

4. ASSESSMENT OF THE LEGAL STATUS OF UNILATERAL COERCIVE MEASURES

The illegal nature of unilateral coercive measures has been repeatedly affirmed by the United Nations General Assembly¹⁸³ for being contrary to international law and for having negative effects on human rights and the economy of developing States. Despite the obvious and prejudicial negative impact of those measure in the targeted states, there are very few academic works providing a legal assessment of unilateral coercive measures.

Additionally, the positions of targeted and coercing States differ considerably on this issue. Regarding our cases of study, Cuba qualifies these measures as an “act of aggression and a permanent threat against the stability of the country”¹⁸⁴, and said that the human damage caused by the U.S.-led blockade against his country is an “act of genocide” and creates obstacles for cultural, academic, and scientific engagement throughout the island¹⁸⁵. Venezuela, for its

¹⁸¹ 5 septiembre, “López Obrador: El bloqueo es una medida retrógrada, medieval e inhumana», 3 November 2022, available at <<http://www.5septiembre.cu/lopez-obrador-el-bloqueo-es-una-medida-retrograda-medieval-e-inhumana/>>

¹⁸² XINHUA, “Presidente argentino pide terminar con “bloqueos” en América Latina” (20 September 2022), available at <<http://spanish.xinhuanet.com/20220920/16e3a989472a41e4b18515a09d9dc986/c.html>>

¹⁸³ UN HRC, *Unilateral coercive measures: notion, types and qualification. Report of the Special Rapporteur on the negative impact of unilateral coercive measures on the enjoyment of human rights, Alena Douhan*, Doc. A/HRC/48/59, 8 July 2021, hereafter “Report of the SR, 2021”, p. 16 and n. 114. Also see HRC Res. 15/24, 19/32, 24/14, 30/2 and 34/13 and UNGA Res. 69/180, 70/151 and 71/193.

¹⁸⁴ OHCHR, *Note Verbale N°252/2020 of the Permanent Mission of the Republic of Cuba to the United Nations Office and other International Organizations in Geneva, to the United Nations High Commissioner for Human Rights*, 4 June 2020, p. 2.

¹⁸⁵ Cuba’s Minister for Foreign Affairs, Bruno Eduardo RODRÍGUEZ PARRILLA, who introduced the UNGA Annual Resolution Calling for end the U.S. Embargo on Cuba, said during his official statement that the human

part, have considered these measures as “crimes against humanity”¹⁸⁶, and Nicaragua rejects unilateral coercive measures for being “a selective political instrument to illegally change governments”¹⁸⁷. On the other side of the spectrum, the U.S. consider that “unilateral and multilateral sanctions are a legitimate means to achieve foreign policy, security, and other national and international objectives”¹⁸⁸ and describe unilateral coercive measures as “part of a State’s right to conduct its economic relations freely”¹⁸⁹.

These statements demonstrate that there is a clear divide between targeted and coercing States’ perception on these measures, which seem to be reflected in the State practice. As Alexandra Hofer argues, these measures are “an accepted foreign policy tool for the States or group of States that adopt them and are measures contrary to international law according to the States that are targeted as well as the group they belong to”¹⁹⁰.

In this regard, this section will study, firstly, the difference between permissible and non-permissible coercion in international relations. Secondly, this paper will list the peremptory norms violated by the imposition of unilateral coercive measures.

4.1. Difference between permissible and non-permissible coercion

Prof. Alena Douhan, the Special Rapporteur on the negative impact of the unilateral coercive measures on the enjoyment of human rights, has emphasized that not every “unfriendly act” or “means of applying pressure” in inter-states relations can be qualified as an illegal UCM. In this regard, she has declared:

“States are free to choose their partners in trade, economic or other types of international relations. Customary international law provides for the possibility of unfriendly acts that do not violate international law and of proportionate

damage caused by the US-led blockade against his country qualifies as an “act of genocide” and creates obstacles for cultural, academic and scientific engagement throughout the island. He said that “the blockade continues to be the main obstacle to the implementation of the Sustainable Development Goals,” and it violates the right of Cubans to self-determination. “It is an act of oppression and an act of war.” Mr. Rodríguez added that there is a “ferocious intensification” of the extraterritorial implementation of the blockade, particularly the persecution of Cuba’s financial transactions, and that the embargo goes against the UN Charter and international law. See UN Meeting Coverages and Press Releases, *Seventy-Third Session, GA /12086*, 1 November 2018. Available at <<https://press.un.org/en/2018/ga12086.doc.htm>>

¹⁸⁶ See <<https://www.icc-cpi.int/venezuela-ii>>

¹⁸⁷ UNGA, *Statement by H.E. Mr. Denis MONCADA COLINDRES, Minister of Foreign Affairs of the Republic of Nicaragua*, 73rd Session of the United Nations General Assembly, October 1, 2018.

¹⁸⁸ U.S. Statement at the UNGA Third Committee, A/C.3/70/SR.52 (20 November 2015), para.32.

¹⁸⁹ A. HOFER, “The Developed/Developing Divide on Unilateral Coercive Measures” (*Op. Cit.*), p. 16.

¹⁹⁰ *Ibid.*, pp. 18-19.

countermeasures in response to the violation of international obligations, as long as they abide by the limitations set out in the draft articles on responsibility of States for internationally wrongful acts”¹⁹¹.

In this regard, determine if the unilateral act committed by a state constitutes a UCM, producing legal consequences, remains a challenging task. International law has not proposed yet a “legal criteria” to differentiate “unilateral coercion” from the multitude of forms of “pressure” existing in the international political life, which leads this paper to deduce that there is not, at this time, a uniform legal framework establishing boundaries to clarify what unlawful coercion would be. In that sense, the debate is therefore centred on what are the elements that make it possible to assess whether or not these measures of coercion are compatible with international law.

To contribute with the debate, Prof. McDougal and Feliciano argue that the historical alternatives of the international community have been either to permit a complete disorder or to aspire to minimal public order. If the choice is a complete disorder, nations will witness the most intense and complete destruction of values. However, if the choice is made to pursue at least a minimum of order in the world arena, allowing peaceful coexistence among states, the coercion that is to be prohibited clearly must be distinguished from that which is to be permitted. In this sense, the definitions both of permissible and of non-permissible coercion are thus necessary¹⁹².

In this regard, a principal purpose of modern efforts at international organization has been to make clear the distinction between permissible and non-permissible coercion and to establish the institutions and procedures thought indispensable and appropriate for sustaining that distinction¹⁹³. For example, the UN Charter indicates, the level of coercion that is sought to be prohibited -and this is declared a basic principle- as follow: “All Members shall refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any state, or in any other manner inconsistent with the Purposes of the United Nations”¹⁹⁴. This means that “All Members shall settle their international disputes by peaceful means in such a manner that international peace and security, and justice, are not

¹⁹¹ UN HRC, Report of the SP, 2020, p. 4, § 27.

¹⁹² Myres S. MCDUGAL, Florentino P. FELICIANO, “Legal Regulation of Resort to International Coercion: Aggression and Self-Defense in Policy Perspective”, *The Yale Law Journal*, Vol. 68, N° 6, May 1959, p. 1063.

¹⁹³ *Ibid.*, p. 1059.

¹⁹⁴ Article 2 para. 4, UN Charter.

endangered”¹⁹⁵. However, after this prohibition have been established, States have found alternative means to the use of force, resorting to “unilateral coercive measures”, as a surrogate of war and other military means¹⁹⁶.

In addition to this, Prof. McDougal and Feliciano refer to three types of “permissible coercion”, as follow:

One reference is to all coercion which is implicit in and concomitant to the ordinary interaction of states, and which does not rise to the level and degree of prohibited coercion. Another and more common reference is to coercion of a high degree of intensity, including the most comprehensive and violent uses of military instruments, when employed in individual or group defense against unlawful coercion (...) A third reference is a coercion exercised in fulfillment of or in accordance with certain commitments and permissions of members to participate in police measures required or authorized by the general security organization to prevent or repress impermissible coercion¹⁹⁷.

In conclusion, the author endorses the idea that the UNSC should be the only instance authorized with a legal mandate to imposed coercive measures. Articles 24 and 25 and Chapter VII of the UN Charter provide the Security Council with unique powers to impose enforcement measures for the maintenance of international peace and security. It is also generally agreed that international or regional organizations may impose sanctions on its Member States in accordance with their constituent documents¹⁹⁸, under these conditions these measures will be considered as “permissible coercion”. However, any other coercive measure taking by a single State or a group of States, without any UN’s authorisation, and not in self-defence, seeking to require the targeted state to change its policies on any matter within its domestic jurisdiction, through coercive means, and clearly interfering in the internal affairs of that state, will be considered as “non-permissible coercion”. Having these considerations in mind about the definitions of permissible and non-permissible coercion in international relations, this paper

¹⁹⁵ Article 3 para. 3, UN Charter.

¹⁹⁶ Gary Clyde HUFBAUER, Jeffrey SCHOTT and Kimberly Ann ELLIOT, *Op. Cit.*, p. 5.

¹⁹⁷ Myres S. MCDOUGAL, Florentino P. FELICIANO, *Op. Cit.*, p. 1061.

¹⁹⁸ UN HRC, *Unilateral coercive measures: notion, types and qualification. Report of the Special Rapporteur on the negative impact of unilateral coercive measures on the enjoyment of human rights*, UN Doc. A/HRC/48/59, 8 July 2021, p. 16, §71.

will now explore the peremptory norms violated by the imposition of UCM in inter-states relations.

4.2. Peremptory norms violated by the imposition of unilateral coercive measures

To affirm that these measures represent a serious breach of international obligations, the author will now answer the question on *what are the peremptory norms violated by the imposition of unilateral coercive measures that can give rise to the responsibility of the coercing state?* Several peremptory norms can be directly affected when a state impose UCM, such as the right to self-determination, the prohibition of racial discrimination and apartheid, and basic principles of international humanitarian law¹⁹⁹.

The UN Special Rapporteur, Idriss Jazairy, has already made the point that these three sets of peremptory norms referred to above could possibly be breached through the imposition of at least certain forms of economic coercive measures²⁰⁰. Firstly, the right to self-determination is recognized, in common Article 1 (1) of the International Covenant on Civil and Political Rights and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, which also spells out that, all peoples freely determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural development. It has been noted in that respect that “the imposition of economic sanctions on a state may raise special risks of depriving a people of its means of subsistence”²⁰¹. Secondly, the prohibition of racial discrimination, another prominent peremptory norm, may be infringed when a State impose UCM against persons based on the country of residence or their nationality, violating Article 26 of the International Covenant on Civil and Political Rights and Articles 1 and 2 of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination²⁰². Finally, the core rules of international humanitarian law may be disregarded through the imposition of coercive measures affecting basic human rights of the civilian population at large, even in peacetime²⁰³. Although several

¹⁹⁹ Martin DAWIDOWICZ, “The Obligation of Non-Recognition of an Unlawful Situation”, in James CRAWFORD, Alain PELLET, Simon OLLESON, Kate PARLETT (Eds.), *The Law of International Responsibility*, Oxford Commentaries on International Law, 2010.

²⁰⁰ UN HRC, Report of the SR, 2019, p. 14, § 48.

²⁰¹ Ben SAUL, David KINLEY and Jacqueline MOWBRAY, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: Commentary, Cases, and Materials*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 117.

²⁰² UN HRC, Report of the SR, 2019, p. 15, § 50.

²⁰³ *Ibidem*.

UCM regimes include general licenses regarding humanitarian trade, those can be criticized regarding their ineffectiveness²⁰⁴.

In addition to this, the present author consider that the imposition of unilateral coercive measures could lead to a violation of other six categories of peremptory norms, namely: 1) norms of *jus cogens*, such as the right to life; 2) the two corollary principles of the principle of the sovereign equality of States: the non-intervention in the internal affairs of a State, and the prohibition of the use of threat or force; 3) the rules of State Immunity, in the event of freezing of official assets of a State ; 4) the right to development is also violated when UCM prohibit the export of medical equipment and technologies which impaired the development of a country; 5) international human rights law, including the right to health, the right to food, the right to an adequate standard of living, the right to education and the right to a healthy environment, among others, and 6) the principles of international economic law (IEcL), whose violation is invoked when coercive measures aimed to interrupt economic relations, including the principles of freedom of trade and navigation, equal treatment, which can deprived a population of a dignified life. Although the fact that principles of IEcL as peremptory norms could be highly arguable, they have been included in the list above for being recognized as mechanisms that serve several peremptory norms²⁰⁵. Indeed, these categories listed do not

²⁰⁴ In this regard, the Special Rapporteur, Alena Douhan, issued a public statement on 3 April 2020, in which she urged Governments “to lift all unilateral coercive measures obstructing the humanitarian responses of sanctioned States, in order to enable their health-care systems to fight the COVID-19 pandemic”, and trade with other countries to buy vaccines and other technological devices necessities to save lives. See UN HRC, Report of the SR, 2020, p. 2, § 6 (emphasis added). In addition, “On 30 April, the Special Rapporteur issued a joint public statement calling upon the United States to lift its economic and financial embargo on Cuba, as it was obstructing the humanitarian response to help the country’s health-care system fight the COVID-19 pandemic. She urged the Government of the US to withdraw measures aimed at establishing trade barriers and to ban tariffs, quotas and non-tariff measures, including those that prevent the purchase of medicines, medical equipment, food and other essential goods”. See UN HRC, Report of the SR, 2020, p. 3, § 14.

²⁰⁵ Two authors, Makane Moïse Mbengue and Apollin Koagne Zouapet, have conducted research on the relationship between peremptory norms and international economic law (IEcL). They explained that IEcL has been “one of the main drivers of *jus cogens* in international law. The prohibition of slavery, one of the first recognized norms of *jus cogens* in international law, was a reaction to what was still the permissible trade in human beings and forced labour”. The authors also note “the emergence of a general prohibition in the economic and business world of certain types of behaviour considered contrary to “business and trade ethics”. The Kimberley Process is another example of the development of measures in international trade to ensure that WTO rules are not used to facilitate the flow of “blood diamonds” from conflict zones, the sale of which contributes to fuelling deadly conflicts. This is an indication of the limits of what may or may not be acceptable within the international trade regime”. The conclusion the authors draw is: “focusing on mechanisms to enforce compliance with *jus cogens*, IEcL offers important avenues of support. The mechanisms of IEcL are suitable to serve a number of peremptory norms.” See Makane MOÏSE MBENGUE and Apollin KOAGNE ZOUAPET, “Chapter 19. Ending the Splendid Isolation. *Jus Cogens* and International Economic Law”, in *Peremptory Norms of General International Law (Jus Cogens)*, Brill, Nijhoff, 2021, pp. 510, 570-571, 574.

exhaust all international norms that may be violated by the application of unilateral coercive measures. Building a comprehensive catalogue of all the rights violated by the coercing state when imposing these measures, mainly depends on an analysis of each specific circumstance and situation.

It is clear that unilateral measures violate international law and have negative effects on the rights of the targeted state. The coercive measures imposed by the U.S. against many countries are a clear example of how these unilateral actions massively undermine the prevailing principles and rules of international law. This article focusses its attention on the U.S. practice, because it is the most documented, the most accessible, as well as the most significant and abundant on materials²⁰⁶, becoming the gold reference of a foreign policy that systematically uses unilateral coercive measures to achieve political aims.

In light of these three cases, the author observes that the conduct of U.S. diplomacy often involves the deployment of a combination of multiple tools, many of which are lawful and some of which are unlawful. In this regard, unilateral coercive measures fit into the latter category, not only for the use of coercive means without UN's authorization, but also for the dramatic effects on the population and the economy of the targeted state. For these reasons, these measures should be legally qualified as "Internationally wrongful acts" under International law, in accordance with Article 2 of the ILC Draft Articles on the Responsibility of States, which establishes that: "There is an internationally wrongful act of a State when conduct consisting of an action or omission: (a) is attributable to the State under international law; and (b) constitutes a breach of an international obligation of the State"²⁰⁷. Both elements have been proved to be present when referring to the use of unilateral coercive measures in inter-state relations.

Finally, the importance of declaring UCM as Internationally Wrongful Acts, lies in the fact that it would be possible to declare the coercing State as responsible for its unlawful acts and thus accountable before the international justice, giving the right for the targeted states to claim for justice and receive adequate compensation and reparation for the damages caused in its population and economy. Having these considerations in mind, this article concludes that "unilateral coercive measures" should be legally qualify as "Internationally Wrongful Acts", giving rise to the responsibility of the coercing State. These measures represent a serious

²⁰⁶ Jean-Victor LOUIS, « L'efficacité des mesures de pression », *RBDI*, 1984-1985, No 1, p. 126.

²⁰⁷ Article 2, Draft Articles on the Responsibility of States, 2001.

violation of international obligations, seeking to require the targeted state to change its policies on any matter within its domestic jurisdiction, through coercive means²⁰⁸, violating the principle of sovereign equality of States and non-intervention, as have been demonstrated in our three case studies.

²⁰⁸ Matthew HAPOLD and Paul EDEN, *Economic Sanctions and International Law*, Hart Publishing, 2016, p. 3.

CONCLUSION

Based on the discussion up to this point, it is now possible to offer some conclusions. Firstly, it is undeniable that the use of UCM in inter-states relations is part of the modern challenges that are facing the world. The fact that the U.S. have been adopting unilateral coercive measures against developing countries, including LA states, without any UN's authorisation, proves that Latin America has been used as a “great laboratory”. In this context, the U.S. have been benefiting from violating international law and receiving “red carpet” treatment from the West and the UN. They have been testing an infinite variety of instruments of coercion in the region and expanding their extraterritorial character, while the UN, for its part, continues acting as a silent spectator of these violations.

Secondly, it is laudable the efforts made on an international level by these three LA countries targeted by UCMs. For example, Cuba have presented several resolutions to the UNGA on the necessity of ending the US embargo. This resolution was initially tabled in 1992, and since then they have gained nearly universal consensus to reject the US coercive measure. Nicaragua, for its part, has brought the matter to the ICJ in 1986, obtaining provisional measures and a judgement which recognized the support provided by the U.S. to the *Contras* to destabilize the country. Venezuela did not stay behind and, in 2018, they requested to initiate consultations with the U.S. at the Dispute Settlement Body of the World Trade Organization (WTO) concerning measures relating to trade in goods and services²⁰⁹. Then, Venezuela referred the issue of the US unilateral coercive measures to the International Criminal Court (ICC) in 2020, qualifying these measures as "crimes against humanity" and recently, the Venezuelan government decided to invite the UN Special Rapporteur on the negative impact of UCM to officially visit the country in 2021²¹⁰, to assess the impact of these measures on the population and its economy.

²⁰⁹ WTO, *United States — Measures relating to trade in goods and services, Request for Consultations by Venezuela* (28 December 2018). See Doc. WT/DS574/1 G/L/1289 S/L/420, 8 January 2019. In addition to this, on 14 March 2019, Venezuela requested the establishment of a Panel. On 15 March 2021, Venezuela submitted a revised request for the establishment of the panel. For more information of the status of this procedure, see WTO website <https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds574_e.htm>

²¹⁰ “The Special Rapporteur undertook an official visit to the Bolivarian Republic of Venezuela from 1 to 12 February 2021 to assess the impact that unilateral sanctions imposed by several States and international organizations have had on the human rights of Venezuelans. She concludes that sectoral sanctions on the oil, gold and mining industries, the economic blockade, the freezing of Central Bank assets, the targeted sanctions imposed on Venezuelans and third-country nationals and companies and the overcompliance by banks and third-country companies have exacerbated the pre-existing economic and social crisis and had a devastating effect on the entire population, especially those living in poverty, women, children, older persons, persons with disabilities or life-

Thirdly, Latin America is divided on unilateral coercive measures. Two facts evidence this. On the one hand, several LA countries have condemned and rejected unilateral practices against South American states, some of them disassociating from interventionist actions, from the Lima Group, TIAR or at the OAS. On the other hand, some LA countries have proved an enthusiasm toward unilateral coercive measures, supporting the approach defended by the U.S., who consistently affirm that they have the sovereignty right to impose UCM as a legitimate mean to achieve foreign policy, and other national and international objectives²¹¹. However, the contemporary trends in the region, with the new political configuration - due to the advance of leftist governments -, will probably mark a turning point on the issue of unilateral measures, in the sense, that a potential general consensus on the illegality of UCM, could be achieved between LA States in a near future.

Fourth, the lack of a uniform legal framework to regulate the use of coercion in inter-states relations leaves the door open to several abuses and human rights violations. In this regard, the international community should continue paving the way to legally qualify these practices as “Internationally Wrongful Acts”; and adopt a set of guidelines, a declaration, or a legally binding instrument to regulate the use of UCM in international relations. The coercing state should also be accountable before the international justice for their actions, giving the right to the targeted States to receive adequate compensation for the damage caused in their territories. In situations where unilateral coercive measures inflict undue sufferings or have a terrible human rights impact, on the population of a targeted State, they become clearly illegal²¹².

Finally, it is evident that UCM do not promote harmony between States but instead give rise to resistance, resentment, and all the friction that follows, escalating disputes and increasing tensions in international relations²¹³. In addition, the unclear legal status of specific unilateral measures imposes the urgent need to establish a universal and comprehensive legal framework and to get consensus and cooperation among States in the assessment of the negative impact of

threatening or chronic diseases, and the indigenous population. No strata of society has been untouched. She recommends that these sanctions, which were imposed mostly in the name of human rights, democracy and the rule of law, be lifted, as they undermine those very principles, values and norms”. See Doc. A/HRC/48/59/Add.2, “Summary”, *Visit to the Bolivarian Republic of Venezuela - Report of the Special Rapporteur on the negative impact of unilateral coercive measures on the enjoyment of human rights*, Alena Douhan.

²¹¹ Unfortunately, the US is not alone in that practice. Countries such as Canada, Switzerland, the United Kingdom, and most European Union Member States, have used UCM as a tool of foreign policy to achieve political aims. See US Statement pronounced before the UNGA Third Committee, A/C.3/70/SR.52, 20 November 2015, para.32.

²¹² UN HRC, Report of the SR, 2018, p. 18.

²¹³ *Ibid*, p. 41.

these measures, to finally stop the abuses and violations, and to promote the peaceful coexistence among States.

**LA CIRCULATION DES BIENS CULTURELS DANS L'UNION EUROPEENNE ENTRE
CONTESTATION ET ENCADREMENT**

Clara Grudler*

Table of content/Table des matières

INTRODUCTION	79
1. LE RECOURS AUX INSTRUMENTS DE DROIT PRIMAIRE ET DE DROIT DERIVE DE L'UNION EUROPEENNE	81
1.1. UNE MOBILISATION PEU CONCLUANTE DE L'ARTICLE 36 DU TFUE.....	82
1.2. LA MULTIPLICATION DES ACTES DE DROIT DERIVE DE L'UNION EUROPEENNE	86
2. L'IMPACT DU DROIT INTERNATIONAL SUR LE CADRE JURIDIQUE DE L'UNION EUROPEENNE.....	89
2.1. L'INSPIRATION TIREE DES CONVENTIONS UNESCO ET UNIDROIT	90
2.2. LA POURSUITE D'UN DIALOGUE INTER-INSTITUTIONNEL AVEC LES ORGANISATIONS INTERNATIONALES.....	93
CONCLUSION	97

* Doctorante, École de droit de la Sorbonne.

Abstract

In an international context characterized by an increasing number of offences targeting cultural property, this paper proposes to identify the way in which the European Union has developed mechanisms intended to reinforce the protection of these objects. Such a reinforcement would be to the cost of the freedom of circulation inherent to the Union. Several instruments of primary and secondary Union law are thus intended to protect cultural goods within the European Union. In this respect, international law is increasingly influencing the Union's legal rules aimed at protecting cultural goods.

Résumé

Dans un contexte international marqué par une multiplication des infractions visant les biens culturels, cet article propose d'identifier la manière dont l'Union européenne a développé des mécanismes destinés à renforcer la protection de ces objets. Un tel renforcement s'opérerait au détriment des libertés de circulation inhérentes à l'Union. Plusieurs instruments de droit primaire et de droit dérivé de l'Union sont ainsi destinés à protéger les biens culturels au sein de l'Union européenne. À cet égard, le droit international influe de plus en plus sur les règles de droit de l'Union visant à protéger les biens culturels.

INTRODUCTION

La notion de bien culturel est étroitement rattachée à la notion de patrimoine, celle-ci renvoyant directement à l'expression culturelle de l'identité nationale des États. Cela explique que les biens culturels « *possèdent une grande valeur artistique, historique ou archéologique pour leur pays d'origine et font partie de son patrimoine culturel, qui doit être protégé et préservé* »¹. Les biens culturels peuvent donc être appréhendés comme des « *trésors constitutifs de l'âme même de la Nation* »².

En Europe, l'exigence de protection des biens culturels s'est imposée avec force après la Seconde Guerre mondiale, laquelle a consolidé un « *intérêt de nature collective dépassant les intérêts particuliers des États* »³. Dans le même temps, le rapprochement des États européens afin de prévenir un autre conflit mondial a donné lieu à l'avènement d'un marché intérieur, devenu marché unique, dans le cadre d'une Union envisagée, de prime abord, sous un prisme économique. À cet égard, le marché intérieur de l'Union européenne « *comporte un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée selon les dispositions des traités* »⁴.

Or, afin d'assurer l'efficacité du marché intérieur de l'Union européenne, il importe que les libertés de circulation de l'Union présentent le champ d'application le plus vaste possible. Cette considération vise notamment la libre circulation des marchandises : la notion de marchandise a d'emblée fait l'objet d'une interprétation extensive par la Cour de justice de l'Union européenne, de manière à soumettre un nombre important de produits à la règle de libre circulation des marchandises.

À cet égard, la libre circulation des marchandises n'épargne pas les biens présentant un important aspect culturel. Dès 1968, la Cour de justice de l'Union européenne a indiqué que constituent des marchandises les « *produits appréciables en argent et susceptibles, comme tels, d'être l'objet de transactions commerciales* »⁵. Il en a été déduit que « *les biens d'intérêt*

¹ Commission européenne, Bien culturels, consultable à l'adresse suivante : https://ec.europa.eu/taxation_customs/business/customs-controls/cultural-goods_fr.

² P.-L. Frier, *Droit du patrimoine culturel*, Presses Universitaires de France, coll. Droit fondamental, 1997, p. 463.

³ M. Cornu, « La circulation des biens culturels, fruit de son cours donné à l'académie de droit international de La Haye », *Journal du droit international (Clunet)*, oct. 2016, n° 4, biblio. 14 ; V. M. Frigo : Rec. des cours, 2015, t. 375.

⁴ Traité FUE, art. 26, §2.

⁵ CJCE, 10 déc. 1968, 7/68, Commission c/ Italie, p. 626.

artistique ou historique sont soumis aux règles du marché commun sous réserve des seules dérogations expressément prévues par le traité »⁶.

Il semble donc que l'unité du marché intérieur de l'Union européenne, prônée par le droit de l'Union, heurte de plein fouet l'impératif de protection des biens culturels des États membres. La mobilité des biens culturels dans le marché intérieur, imposée par la règle de libre circulation des marchandises, exposerait ceux-ci à certains trafics à caractère transfrontière. L'impératif de protection des biens culturels s'est alors imposé dans la mesure où ces biens sont, du fait de leur importante valeur patrimoniale, culturelle, mais également pécuniaire et affective, particulièrement exposés à diverses infractions : vols, pillages, trafics et commerces illicites ...

Toutefois, le droit de l'Union européenne n'ignore pas ces spécificités des biens culturels, au point d'admettre que leur protection puisse justifier des restrictions portées à leur circulation dans le marché intérieur de l'Union européenne. Ainsi, « *la conciliation entre intérêt public de protection des biens culturels et intérêt du commerce fait l'objet d'aménagements particuliers* »⁷.

Cela explique que le législateur de l'Union européenne ait produit plusieurs actes de droit dérivé, sous la forme de règlements et de directives de l'Union européenne⁸, afin d'assurer la protection des biens culturels à l'égard de toute sorte de trafic ou de commerce illicite. Pour sa part, l'article 36 du TFUE permet de justifier une entrave portée à la libre circulation des marchandises s'il s'agit de protéger « *des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique* », donc une certaine typologie de biens culturels.

Il convient de préciser que le droit dérivé de l'Union européenne dans le domaine de la protection des biens culturels est largement influencé par les textes de droit international élaborés par l'UNESCO⁹, le Conseil de l'Europe¹⁰, ou UNIDROIT¹¹. Comme le précise

⁶ *Ibid.*

⁷ M. Cornu, Culture et Europe, Fasc. 2400, JurisClasseur Europe Traité, 20 avr. 2019, n° 39.

⁸ V. notamment Directive 93/7/CEE du Conseil, du 15 mars 1993, relative à la restitution de biens culturels ayant quitté illicitement le territoire d'un État membre, OJ L 74, 27 mars 1993, pp. 74-79 ; Règlement (CE) n° 116/2009 du Conseil du 18 décembre 2008 concernant l'exportation de biens culturels, OJ L 39, 10 févr. 2009, pp. 1-7 ; Directive 2014/60/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 relative à la restitution de biens culturels ayant quitté illicitement le territoire d'un État membre et modifiant le règlement (UE) n° 1024/2012, OJ L 159, 28 mai 2014, pp. 1-10.

⁹ Convention concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels, 14 nov. 1970, Paris.

¹⁰ Convention européenne pour la protection du patrimoine archéologique de 1992 adoptée dans le cadre du Conseil de l'Europe, 18 sept. 1995, D. n° 95-1039.

¹¹ Convention d'UNIDROIT sur les biens culturels volés ou illicitement exportés, 24 juin 1995, Rome.

Madame Frigo, « *les ordres juridiques nationaux, tout comme l'ordre international connaissent aujourd'hui une riche collection de normes juridiques concernant expressément et exclusivement cette catégorie spéciale de biens* »¹².

Ainsi, la notion de « *due diligence* », posée par la Convention d'UNIDROIT de 1995 et renvoyant à la diligence requise que doit présenter l'acquéreur lors de l'acquisition de certains biens culturels, a été intégrée à l'article 10, §1, de la directive 2014/60/UE, lequel indique que l'acquéreur peut être indemnisé, lorsque la restitution du bien est ordonnée, à condition que celui-ci « *prouve qu'il a exercé la diligence requise lors de l'acquisition du bien* ».

Dans le cadre du présent article, nous nous attacherons ainsi à appréhender et à analyser les diverses limites posées à la circulation des biens culturels dans l'Union européenne, et à démontrer que l'exigence de protection de ces objets conduit l'Union à justifier un nombre croissant d'obstacles à leur circulation dans le marché intérieur.

En premier lieu, nous nous intéresserons aux instruments de droit primaire et de droit dérivé de l'Union européenne, instaurés afin de protéger les biens culturels dans l'Union (1). Dans un second temps, il sera constaté que l'influence du droit international sur le droit de l'Union européenne a acquis une grande importance quant aux règles de protection des biens culturels (2).

1. LE RECOURS AUX INSTRUMENTS DE DROIT PRIMAIRE ET DE DROIT DERIVE DE L'UNION EUROPEENNE

Bien que la Cour de justice de l'Union européenne ait admis que les biens culturels sont des produits comme les autres au regard de la règle de libre circulation des marchandises, les institutions de l'Union européenne sont intervenues à de multiples reprises pour encadrer la circulation des biens culturels dans l'Union.

Un tel encadrement passe notamment par une multiplication des actes de droit dérivé de l'Union européenne (1.2.), tels que les règlements et les directives de l'Union, dédiés à la protection des biens culturels des États membres. Une telle multiplication s'est opérée en réaction à la faible efficacité de la dérogation à la libre circulation des marchandises posée par l'article 36 du TFUE, ce dispositif s'avérant globalement peu concluant (1.1.).

¹² M. Cornu, « La circulation des biens culturels, fruit de son cours donné à l'académie de droit international de La Haye », *op. cit.* ; V. M. Frigo : Rec. des cours, 2015, t. 375, *op. cit.*

1.1. Une mobilisation peu concluante de l'article 36 du TFUE

En vertu de l'article 26, §2, du TFUE, le principe consiste en la libre circulation des produits constituant des marchandises, au sein du marché intérieur de l'Union européenne. À cet égard, la Cour de justice de l'Union européenne a qualifié la libre circulation des marchandises comme « *une règle fondamentale* »¹³ de l'Union européenne, avant de désigner celle-ci comme « *un principe fondamental du traité* »¹⁴, ou comme « *une liberté fondamentale garantie par le traité* »¹⁵.

Pour assurer l'effectivité de la libre circulation des marchandises, et garantir ainsi l'unité de marché dans l'Union européenne¹⁶, il était nécessaire que le plus grand nombre de produits possible soit soumis à cette liberté de circulation. C'est pourquoi la Cour de justice de l'Union européenne a adopté une approche extensive de la notion de marchandise, en acceptant puis en rappelant que constituent des marchandises tous « *les produits appréciables en argent et susceptibles, comme tels, de former l'objet de transactions commerciales* »¹⁷.

Dans une affaire opposant l'Italie à la Commission européenne, il était question d'une taxe imposée par une loi italienne sur certains objets de caractère artistique, historique, archéologique ou ethnographique. Le gouvernement italien arguait du fait que ces objets ne pourraient être assimilés à des biens de consommation ou d'usage général, ce qui aurait pour effet de les soustraire au champ d'application des règles relatives à la libre circulation des marchandises et à l'union douanière.

La Cour de justice de l'Union européenne a confirmé la décision de la Commission estimant l'imposition italienne incompatible avec le traité, puisque constituant une taxe d'effet équivalant à un droit de douane à l'exportation. Le juge de l'Union européenne a ainsi indiqué que le critère essentiel permettant de qualifier un produit de marchandise réside dans l'appréciabilité en argent dudit produit le rendant susceptible de transactions commerciales, « *quelles que soient par ailleurs les qualités qui les distinguent des autres biens du*

¹³ CJCE, 20 févr. 1970, 120/78, Rewe, pt 14.

¹⁴ CJCE, 10 janv. 2006, C-417/04, De Groot Slot Allium et Bejo Zaden, pt 70 ; CJCE, 5 juin 2007, C-170/04, Rosengren e.a., pt 31 ; CJCE, 11 sept. 2008, C-141/07, Commission c/ Allemagne, pt 27 ; CJUE, 28 janv. 2010, C-333/08, Commission c/ France, pt 73 ; CJUE, 1er juill. 2014, C-573/12, Alands Vindkraft, pt 65 ; CJUE, 19 oct. 2016, C-148/15, Deutsche Parkinson Vereinigung, pt 20 ; CJUE, 27 avr. 2017, C-672/15, Noria Distribution, pt 17 ; CJUE, 18 juin 2019, C-591/17, Autriche c/ Allemagne, pt 119.

¹⁵ CJCE, 13 mars 2008, C-227/06, Commission c/ Belgique, pt 61 ; CJUE, 10 sept. 2014, C-423/13, Vilniaus Energija, pt 50.

¹⁶ V. CJCE, 9 déc. 1981, 193/80, Commission c/ Italie, pt 17.

¹⁷ CJCE, 10 déc. 1968, 7/68, *précit.*, p. 626 ; CJCE, 21 oct. 1999, C-97/98, Jägerskiöld, pt 30 ; CJCE, 26 oct. 2006, C-65/05, Commission c/ Grèce, pt 23.

commerce »¹⁸. Ainsi, « *aucun jugement d'ordre moral, qualitatif ou relatif à la valeur marchande d'un produit ne saurait soustraire celui-ci à la définition des marchandises dégagée par la Cour de justice* »¹⁹.

Toutefois, le principe de libre circulation des marchandises connaît certaines dérogations expressément instaurées par les traités. L'article 36 du TFUE permet aux États membres de maintenir des interdictions ou des restrictions d'importation, d'exportation ou de transit, lorsque celles-ci visent notamment la « *protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique* », à la condition que ces interdictions ou restrictions ne constituent ni un moyen de discrimination arbitraire, ni une restriction déguisée dans le commerce entre les États membres.

Il s'avère donc possible, pour les États membres, de restreindre la circulation de certains biens culturels dans le marché intérieur de l'Union européenne, afin d'assurer leur protection. Cependant, cette dérogation textuelle achoppe sur plusieurs limites, dont certaines sont liées aux contours de la notion de « *trésor national* ».

En effet, aucune définition de la notion de « *trésors nationaux* » n'a été fixée par les institutions de l'Union européenne. Le champ d'application de l'exception de l'article 36 du TFUE est donc incertain, et inégal « *selon les critères de rattachement à la nation qui sont retenus par les États membres* »²⁰.

En 1989, la Commission européenne avait pourtant mis au point plusieurs critères destinés à identifier les biens pouvant constituer des trésors nationaux²¹. Selon la Commission, le bien en cause pourrait être considéré comme un trésor national lorsque l'objet est lié de si près à l'histoire ou à la vie du pays que son départ constituerait pour ce dernier une perte importante, lorsque l'objet représente une valeur telle que le patrimoine artistique du pays serait fondamentalement diminué en son absence, lorsque l'objet possède une signification inestimable pour l'étude ou la compréhension d'un secteur particulier des arts ou de l'histoire du

¹⁸ CJCE, 10 déc. 1968, 7/68, *précit.*, p. 626.

¹⁹ F. Picod, Libre circulation des marchandises. Champ d'application. Principaux mécanismes, Fasc. 530, JurisClasseur Europe Traité, 1er sept. 2019, n° 16.

²⁰ F. Picod, Libre circulation des marchandises. Champ d'application. Principaux mécanismes, *op. cit.*, n° 124.

²¹ Commission des Communautés européennes, Communication de la Commission au Conseil relative à la protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique dans la perspective de la suppression des frontières intérieures en 1992, COM(89)594 final, 22 nov. 1989, Bruxelles.

pays, et lorsque le départ d'un objet appartenant à une collection remplissant un ou plusieurs des critères précités ferait perdre à une collection ce ou ces caractères²².

Cependant, les États membres ont rejeté la proposition formulée par la Commission, notamment par crainte que les institutions de l'Union européenne n'empiètent ainsi sur leur sphère de compétence dans le domaine culturel. En conséquence, la définition des biens culturels pouvant intégrer la catégorie des trésors nationaux reste tributaire des droits nationaux des États membres, conformément à la répartition des compétences entre l'Union européenne et ses États membres dans ce domaine. Il en résulte une grande diversité des définitions des trésors nationaux retenues par les États membres alors même que cette notion, mentionnée dans le TFUE, constitue une notion de droit de l'Union européenne. Dès lors, la signification de la notion de « *trésor national* » devrait se voir conférer une portée européenne, dans la logique des notions autonomes dégagées par la Cour de justice de l'Union européenne²³.

Les États membres ont ainsi développé leurs propres acceptions de la notion de « *trésor national* ». Par exemple, le droit allemand se réfère aux biens culturels ou aux archives de valeur nationale (« *national wertvolle Kulturgutes* » ou « *national wertvolle Archive* »), les biens figurant dans les listes ou registres du Länder ne pouvant sortir du territoire sans autorisation²⁴. Le droit espagnol retient plutôt la notion de patrimoine historique, sans précisions spécifiques quant aux biens pouvant être qualifiés de trésors nationaux. Pour sa part, le législateur français a établi une liste, figurant à l'article L. 111-1 du Code du patrimoine, et précisant les catégories de biens culturels constituant des trésors nationaux²⁵. Dans l'ensemble, les disparités entre les conceptions de « *trésor national* » développées par les États membres, est entretenue par l'absence de précision de la Cour de justice de l'Union européenne quant à cette notion²⁶.

²² Commission des Communautés européennes, Communication de la Commission au Conseil relative à la protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique dans la perspective de la suppression des frontières intérieures en 1992, *précit.* ; M. Cornu, Culture et Europe, *op. cit.*, n° 43.

²³ CJUE, 8 oct. 2020, C-330/19, Staatssecretaris van Financiën c/ Exter BV, pt 24 : « *il convient de rappeler que, selon une jurisprudence constante de la Cour, il découle des exigences tant de l'application uniforme du droit de l'Union que du principe d'égalité que les termes d'une disposition du droit de l'Union qui ne comporte aucun renvoi exprès au droit des États membres pour déterminer son sens et sa portée doivent normalement trouver, dans toute l'Union européenne, une interprétation autonome et uniforme qui doit être recherchée en tenant compte du contexte de la disposition et de l'objectif poursuivi par la réglementation en cause. Partant, la notion d'« éléments de taxation » figurant à l'article 121, paragraphe 1, du code des douanes doit, d'une part, être considérée comme une notion autonome du droit de l'Union et, d'autre part, être interprétée en tenant compte de l'objectif poursuivi par la réglementation concernée ainsi que du contexte dans lequel s'insère cet article* ».

²⁴ M. Cornu, Culture et Europe, *op. cit.*, n° 47.

²⁵ *Ibid.* : « *La méthode d'identification formelle adoptée par le législateur français consistant à renvoyer à des catégories de biens culturels protégés et l'intégration dans le droit interne de la notion de trésor national devrait offrir une certaine sécurité, en ce qu'elle réduit la marge d'interprétation donc la portée du contrôle exercée par la Cour de justice des Communautés européennes* ».

²⁶ F. Picod, Libre circulation des marchandises. Champ d'application. Principaux mécanismes, *op. cit.*, n° 124.

D'autres limites à la mise en œuvre de l'article 36 du TFUE sont liées à l'interprétation restrictive de la dérogation à la libre circulation des marchandises ainsi retenue par la Cour de justice de l'Union européenne. Par exemple, l'invocation de la défense de la diversité culturelle dans le domaine du livre ne saurait entrer dans le cadre de la protection des trésors nationaux présentant une valeur artistique, historique ou archéologique : le juge de l'Union européenne a apporté ces précisions dans un arrêt Leclerc²⁷ et dans un arrêt Fachverband der Buch²⁸. La Cour de justice de l'Union a ainsi affirmé le champ d'application très limité de la dérogation à la libre circulation des marchandises prévue à l'article 36 du TFUE.

De plus, la notion de trésor national correspondant aux éléments matériels et mobiliers du patrimoine, tant le patrimoine immatériel (les langues, les traditions, le savoir-faire...) que les immeubles sont exclus du domaine de l'article 36 du TFUE²⁹. Cet article « *ne saurait donc fonder une exception plus générale en faveur de l'ensemble des éléments du patrimoine* »³⁰. Il serait cependant possible, éventuellement, de justifier la restriction à la circulation des marchandises induite par les mesures de protection des produits culturels n'entrant pas dans le champ d'application de l'article 36 du TFUE, au titre des exigences impératives d'intérêt général. La Cour de justice de l'Union européenne a effectivement pu retenir que « *la protection du livre en tant que bien culturel peut être considérée comme une exigence impérative d'intérêt public susceptible de justifier des mesures de restriction à la libre circulation des marchandises, à condition que de telles mesures soient propres à atteindre l'objectif fixé et n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire pour qu'il soit atteint* »³¹.

Ainsi, le champ d'application restreint de l'article 36 du TFUE, de même que les multiples contraintes imposées par les institutions de l'Union européenne (critères supplétifs tenant à l'existence d'une mesure discriminatoire et à l'absence de justification économique de la mesure constituant une entrave, exercice d'un contrôle de qualification par la Cour de justice de l'Union européenne...) quant à la mise en œuvre de cette dérogation à la libre circulation

²⁷ CJCE, 10 janv. 1985, 229/83, Leclerc c/ SARL « Au blé vert », pt 30 : « *En tant que dérogation à une règle fondamentale du traité, l'article 36 est d'interprétation stricte et ne peut pas être étendu à des objectifs qui n'y sont pas expressément énumérés. Ni la défense des intérêts des consommateurs, ni la protection de la création et de la diversité culturelle dans le domaine du livre ne figurent parmi les raisons citées dans cet article* ».

²⁸ CJCE, 30 avr. 2009, C-531/07, Fachverband der Buch- und Medienwirtschaft c/ LIBRO Handelsgesellschaft mbH, pt 32 : « *les objectifs évoqués par la juridiction de renvoi, tels que la protection du livre en tant que bien culturel, ne peuvent constituer une raison de justification de mesures de restriction à l'importation au sens de l'article 30 CE (...)* En effet, la protection de la diversité culturelle en général ne peut être considérée comme entrant dans la « *protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique* » au sens de l'article 30 CE ».

²⁹ M. Cornu, Culture et Europe, *op. cit.*, n° 44.

³⁰ *Ibid.*

³¹ CJUE, 30 avr. 2009, *précit.*, pt 34.

des marchandises, ont pu empêcher les États membres de se prévaloir de l'article 36 du TFUE dans une visée de protection des biens culturels - cette logique transparait essentiellement au travers des arrêts Leclerc et Fachverband der Buch précités.

La mobilisation de l'article 36 du TFUE par les États membres s'avère donc peu concluante afin de protéger les biens culturels dans le marché intérieur de l'Union européenne. C'est pourquoi les institutions de l'Union européenne ont multiplié les actes de droit dérivé destinés à protéger les biens culturels à l'encontre d'infractions diverses.

1.2. La multiplication des actes de droit dérivé de l'Union européenne

En raison d'une réticence originelle des États membres, l'Union européenne ne dispose pas de compétence spécifique dans le domaine de la culture³². Cela explique que les États membres aient bénéficié d'une forte réserve de souveraineté concernant les questions culturelles. Toutefois, les considérations culturelles ne sont pas absentes du droit primaire de l'Union. L'article 3, §3, du TUE, prévoit ainsi que l'Union « *respecte la richesse de sa diversité culturelle et linguistique, et veille à la sauvegarde et au développement du patrimoine culturel européen* ».

En outre, les institutions de l'Union européenne ont progressivement élaboré les instruments d'une compétence culturelle de l'Union³³. Ainsi, l'article 167 du TFUE (ancien article 151 du traité CE) a consacré une compétence d'appui de l'Union dans la matière culturelle.

À cet égard, l'action de l'Union européenne « *vise à encourager la coopération entre États membres et, si nécessaire, à appuyer et compléter leur action* »³⁴, dans les domaines de l'amélioration de la connaissance et de la diffusion de la culture et de l'histoire des peuples européens, de la conservation et de la sauvegarde du patrimoine culturel d'importance européenne, des échanges culturels non commerciaux, et de la création artistique et littéraire, y compris dans le secteur de l'audiovisuel. Le même article précise également que l'Union

³² V. J.-C. Barbato, « Le Traité de Rome et la Culture ou les ambivalences du fonctionnalisme », *Rev. UE*, 2018, p. 363.

³³ Sur les initiatives des institutions de l'Union européenne manifestant d'une volonté de développer une compétence de l'Union dans le domaine culturel, V. L'action communautaire dans le secteur culturel, Bull. CE 1977, suppl. 6/77 ; Communication de la Commission au Conseil du 12 octobre 1982, Bull. CE 1982, suppl. 6/82 ; Communication de la Commission au Conseil, déc. 1987, Doc. COM(87)603 final ; Document de travail, Services de la Commission, oct. 1991 ; Nouvelles perspectives pour l'action de la Communauté dans le domaine culturel (projet de communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen et au Comité économique et social), mai 1992.

³⁴ Traité FUE, art. 167, §2.

européenne « *tient compte des aspects culturels dans son action au titre d'autres dispositions des traités, afin notamment de respecter et de promouvoir la diversité de ses cultures* »³⁵.

Afin de contribuer à la réalisation de ces objectifs culturels, l'article 167, §5, du TFUE habilite, d'une part, le Parlement européen et le Conseil, en statuant conformément à la procédure législative ordinaire et après consultation du Comité des régions, à adopter des actions d'encouragement dans le domaine culturel ; d'autre part, le Conseil, à adopter des recommandations sur proposition de la Commission.

Cependant, ce n'est pas au titre de cette compétence d'appui que les institutions de l'Union européenne ont élaboré une réglementation visant la protection des biens culturels, dans la mesure où l'action des co-législateurs dans le domaine culturel ne saurait consister en une harmonisation des dispositions législatives et réglementaires des États membres³⁶. Le règlement 93/7/CEE³⁷ et la directive 2014/60/UE³⁸ ont ainsi été respectivement adoptés au titre de l'article 114 du TFUE (et de l'article 100 A du TCEE, ancienne numérotation de l'actuel article 114 du TFUE).

Il s'agit du dispositif central d'harmonisation des droits nationaux des États membres³⁹ : l'article 114 du TFUE s'appliquant « *pour la réalisation des objectifs énoncés à l'article 26* »⁴⁰, c'est-à-dire pour l'édition de « *mesures destinées à établir ou assurer le fonctionnement du marché intérieur* »⁴¹.

Dans un premier temps, le règlement (CEE) n° 3911/92⁴², visant à assurer un contrôle uniforme de l'exportation de certains biens culturels, a été codifié par le règlement (CE) n° 116/2009. La volonté des institutions de l'Union d'assurer la protection des biens culturels des

³⁵ Traité FUE, art. 167, §4.

³⁶ V. Traité FUE, art. 167, §5.

³⁷ Directive 93/7/CEE du Conseil, du 15 mars 1993, relative à la restitution de biens culturels ayant quitté illicitement le territoire d'un État membre, JO L 74 du 27.3.1993, pp. 74-79.

³⁸ Directive 2014/60/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 relative à la restitution de biens culturels ayant quitté illicitement le territoire d'un État membre et modifiant le règlement (UE) n° 1024/2012, JO L 159 du 28.5.2014, pp. 1-10.

³⁹ Pour la délimitation des domaines des articles 114 et 115 du TFUE, V. C. Bluman, L. Dubouis, *Droit matériel de l'Union européenne*, LGDJ, Précis Domat, 2019 : « *les deux procédures portent globalement sur le même objet, le marché intérieur, entendu d'ailleurs non seulement comme se limitant aux seules libertés traditionnelles de circulation, comme le prévoit la définition de l'article 26 § 2, mais beaucoup plus largement* ».

⁴⁰ Traité FUE, art. 114, §1.

⁴¹ Traité FUE, art. 26, §1.

⁴² Règlement (CEE) n° 3911/92 du Conseil, du 9 décembre 1992, concernant l'exportation de biens culturels, JO L 395 du 31.12.1992, pp. 1-5.

États membres s'est manifestée par une appréhension élargie des biens susceptibles de faire l'objet d'un contrôle lors de leur exportation.

Sont ainsi visés, selon des seuils d'ancienneté variables, notamment plusieurs types d'objets archéologiques, des éléments intégrant les monuments artistiques, historiques ou religieux, certains tableaux et peintures, les gravures, estampes, sérigraphies et lithographies originales et leurs matrices⁴³... Ce règlement de l'Union prévoit que l'exportation des biens culturels entrant dans son champ d'application est soumise à une autorisation d'exportation délivrée par les autorités compétentes des États membres et valable dans l'ensemble de l'Union, une telle autorisation devant être présentée aux autorités douanières lors d'une exportation en-dehors du territoire de l'Union européenne⁴⁴.

Plusieurs types de biens culturels connaissent également une entrave supplémentaire à leur circulation au sein de l'Union européenne. En effet, les biens culturels ayant illicitement quitté le territoire d'un État membre doivent être restitués à cet État membre. En 1993, la directive 93/7/CEE a posé un principe de retour matériel à l'État membre propriétaire des biens culturels étant illicitement sortis de son territoire⁴⁵.

Dans le cadre de cette directive, la notion de « *bien culturel* » a été appréhendée sous le prisme d'une qualification, par l'État membre, de « *trésor national de valeur artistique, historique ou archéologique* » par renvoi à l'article 36 du TFUE. En outre, sont également visés les biens appartenant à l'une des catégories figurant en annexe ou en faisant partie intégrante, ainsi que les collections publiques figurant sur les inventaires des musées, des archives et des fonds de conservation des bibliothèques.

Toutefois, la directive 93/7/CEE pâtissait de plusieurs limites mises en évidence par les co-législateurs⁴⁶, ces limites ayant conduit à l'adoption de la directive 2014/60/UE. Cette

⁴³ Règlement (CE) n° 116/2009, *précit.*, annexe 1 (Catégories de biens culturels visés à l'article 1er) ; V. P. Kamina, Cadre administratif et juridique de la propriété littéraire et artistique, Synthèse, JurisClasseur Propriété littéraire et artistique, 1er avr. 2020, n° 14.

⁴⁴ Règlement (CE) n° 116/2009, *précit.*, art. 2 à 4.

⁴⁵ Sur les diverses hypothèses de sortie illicite de biens culturels du territoire national d'un État membre, V. M. Cornu, M. Frigo, « Nouvelle directive 2014/60/UE en matière de restitution de biens culturels. L'alliance entre le droit de l'union et le droit international », *Europe*, avr. 2015, n° 4, étude 4, n° 1 : « *Les hypothèses de sortie illicite du territoire revêtent des situations diverses : violation d'une interdiction de sortie du territoire d'éléments appartenant au patrimoine national, absence de certificat d'exportation, non-respect des conditions d'une sortie temporaire* ».

⁴⁶ Sur les causes de ces limites, V. Résumé de l'analyse d'impact, 30 mai 2013, Bruxelles, SWD(2013) 188 final, p. 3 ; Directive 93/7/CEE du Conseil, *précit.*, cons. 8 : « *l'application de cette directive a montré les limites du système pour obtenir la restitution de ces biens culturels. Les rapports sur l'application de ladite directive ont mis en évidence son application peu fréquente, en raison notamment de son champ d'application restreint, résultant*

seconde directive, plus aboutie et précise que la première, répondait à « *l'objectif général (...) de mieux concilier le principe de libre circulation des biens culturels avec l'exigence de protéger plus efficacement le patrimoine culturel* »⁴⁷.

Ce faisant, la directive 2014/60/UE a introduit de nouvelles dispositions permettant aux États membres d'obtenir la restitution, sur le territoire national, des biens culturels ayant quitté ce territoire en violation des mesures de droit national. Plus récemment, dans un contexte de lutte contre le terrorisme international, la Commission européenne a proposé un nouveau règlement destiné à prévenir les importations illégales de biens culturels⁴⁸.

Les institutions de l'Union européenne ont ainsi développé plusieurs réglementations destinées à restreindre la circulation des biens culturels, afin d'assurer la protection des patrimoines nationaux des États membres. Il convient cependant de préciser que le droit dérivé de l'Union dans ce domaine n'a pas prospéré dans un néant normatif. Les co-législateurs de l'Union européenne se sont en grande partie inspirés des textes de droit conventionnel, afin d'intégrer dans l'ordre juridique de l'Union certaines notions développées dans ce cadre.

2. L'IMPACT DU DROIT INTERNATIONAL SUR LE CADRE JURIDIQUE DE L'UNION EUROPEENNE

Le cadre juridique de l'Union européenne pour la protection des biens culturels ne s'est pas développé en circuit fermé, sans prise en compte de l'environnement international dans lequel s'ancre actuellement cette problématique. À cet égard, les règles de protection des biens culturels érigées en droit de l'Union européenne sont étroitement corrélées aux règles fixées, dans un cadre multilatéral, par les organisations internationales.

Ainsi, le droit dérivé de l'Union européenne dans ce domaine est notamment inspiré des conventions pour la protection des biens culturels élaborées par l'UNESCO et UNIDROIT (2.1.). De façon plus générale, les règles de protection des biens culturels mises en place par les institutions de l'Union sont enrichies par le dialogue inter-institutionnel mené avec les organisations internationales (2.2.).

des conditions prévues à l'annexe de ladite directive, de la brièveté des délais impartis pour engager des actions en restitution et des coûts liés à ces procédures de restitution ».

⁴⁷ M. Cornu, M. Frigo, « Nouvelle directive 2014/60/UE en matière de restitution de biens culturels. L'alliance entre le droit de l'union et le droit international », *op. cit.*, n° 4.

⁴⁸ Commission européenne, « Union de la sécurité : lutter contre les importations illégales de biens culturels qui financent le terrorisme », communiqué de presse, 13 juill. 2017, IP/17/1932 ; « Financement du terrorisme : la Commission UE propose un règlement pour lutter contre les importations illégales de biens culturels », *Europe*, n° 8-9, août 2017, alerte 45.

2.1. L'inspiration tirée des conventions UNESCO et UNIDROIT

La globalisation, facilitant les flux de toutes sortes entre les États et entre les continents, a également exacerbé la problématique liée au commerce illicite des biens culturels. À cet égard, il s'avère difficilement possible, pour un ordre juridique donné, de mettre au point un arsenal de mesures destinées à prévenir les atteintes portées aux biens culturels, indépendamment des autres ordres juridiques. Ainsi, les dispositions de droit dérivé de l'Union européenne destinées à protéger les biens culturels ont été élaborées par capillarité, en référence à de grands textes de droit international ayant établi les principes en la matière.

En 1970, la convention concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels, mise au point par l'UNESCO, a fixé pour la première fois plusieurs principes généraux visant à mieux protéger les biens culturels. Ce texte pionnier a fixé des principes de prévention contre le trafic de biens culturels, mais a également prévu des règles pour la restitution des biens culturels volés et importés, et pour un renforcement de la coopération internationale entre les États parties.

En 1995, la convention d'UNIDROIT sur les biens culturels volés ou illicitement exportés, a posé le principe fondamental selon lequel le possesseur d'un bien volé doit le restituer⁴⁹. Il s'agit ainsi « *de réduire le trafic illicite en provoquant une modification progressive mais profonde des comportements de tous les acteurs du marché et de tous les acquéreurs* »⁵⁰. Une telle logique a rapidement imprégné le droit dérivé de l'Union européenne, les directives 93/7/CEE et 2014/60/UE permettant également la restitution à l'État membre des biens culturels ayant illicitement quitté son territoire.

Plus encore, la convention d'UNIDROIT a institué la notion de « *due diligence* », ou de « *diligence requise* », quant à l'indemnisation du possesseur d'un bien culturel volé. Ainsi, aux termes de l'article 4, §1, de cette convention, « *le possesseur d'un bien culturel volé, qui doit le restituer, a droit au paiement, au moment de sa restitution, d'une indemnité équitable à condition qu'il n'ait pas su ou dû raisonnablement savoir que le bien était volé et qu'il puisse prouver avoir agi avec la diligence requise lors de l'acquisition* ».

⁴⁹ Art. 3, §1, de la Convention.

⁵⁰ UNIDROIT, Convention d'UNIDROIT sur les biens culturels volés ou illicitement exportés (Rome, 1995), Présentation, consultable à l'adresse suivante : <https://www.unidroit.org/fr/instruments/biens-culturels/convention-de-1995/presentation/>.

La notion de diligence requise, jusqu'alors peu développée par le droit de l'Union européenne aux fins de protection des biens culturels⁵¹, a vu sa portée décuplée et précisée par la directive 2014/60/UE. L'article 10, §1, de ce texte, prévoit effectivement que lorsque la restitution du bien est ordonnée, le tribunal compétent de l'État membre requis accorde au possesseur une indemnité équitable selon les circonstances du cas d'espèce, « *à condition que le possesseur prouve qu'il a exercé la diligence requise lors de l'acquisition du bien* ».

À cet égard, la diligence requise doit être comprise comme « *la vigilance nécessaire d'un acquéreur quant à ce qu'il achète* »⁵². Après avoir identifié cette notion, le législateur de l'Union lui a conféré, dans le cadre de la directive 2014/60/UE, un contenu similaire à celui retenu par la convention d'UNIDROIT de 1995. En droit de l'Union, afin de déterminer si le possesseur du bien volé a exercé la diligence requise au moment de l'acquisition du bien en cause, il est tenu compte :

*« de toutes les circonstances de l'acquisition, notamment de la documentation sur la provenance du bien, des autorisations de sortie exigées en vertu du droit de l'État membre requérant, de la qualité des parties, du prix payé, de la consultation ou non par le possesseur de tout registre accessible sur les biens culturels volés et de toute information pertinente qu'il aurait pu raisonnablement obtenir ou de toute autre démarche qu'une personne raisonnable aurait entreprise dans les mêmes circonstances »*⁵³.

Pour sa part, par des dispositions très similaires, l'article 4, §4, de la convention d'UNIDROIT, prévoit que, pour déterminer si le possesseur a exercé la diligence requise, il est tenu compte :

« de toutes les circonstances de l'acquisition, notamment de la documentation sur la provenance du bien, des autorisations de sortie exigées en vertu du droit de l'État membre requérant, de la qualité des parties, du prix payé, de la consultation ou non par le possesseur de tout registre accessible sur les biens culturels volés et de toute information pertinente qu'il aurait pu raisonnablement obtenir ou de toute autre

⁵¹ Avant l'entrée en vigueur de la directive 2014/60/UE, seul l'article 9 de la directive 93/7/CEE faisait mention d'une diligence requise de la part du possesseur du bien culturel volé, à des fins d'appréciation du versement d'une indemnisation à ce dernier.

⁵² C. Hershkovitch, C. Benoit, « Le contentieux de la restitution des biens culturels », *Revue de droit international d'Assas*, déc. 2021, n° 4, 6.

⁵³ Directive 2014/60/UE, *précit.*, art. 10, §2.

démarche qu'une personne raisonnable aurait entreprise dans les mêmes circonstances ».

Monsieur Bretel a ainsi considéré que « *l'impératif de diligence est un emprunt direct aux termes de la convention UNIDROIT de 1995* »⁵⁴. Plus généralement, l'exigence de diligence acquise de la part du possesseur du bien culturel volé, imposée par les institutions de l'Union, se justifie par les avantages d'une telle notion, laquelle est plus objective que la notion de bonne foi⁵⁵. Dès lors, il suffit d'analyser le comportement de l'acquéreur, et non de rechercher son intention ou sa croyance lors de l'acquisition de l'objet : il s'agit bien d'une « *garantie supplémentaire d'objectivité* »⁵⁶.

La capillarité entre l'ordre juridique de l'Union européenne et le droit international ressort également de l'incitation, par le législateur de l'Union, à l'adhésion des États membres aux deux conventions UNESCO de 1970 et UNIDROIT de 1995. Dans ses conclusions des 13 et 14 décembre 2011, le Conseil a mis l'accent « *sur l'importance de la convention de l'UNESCO (...) et la Convention UNIDROIT (...) qui constituent des instruments importants permettant de renforcer la protection du patrimoine culturel mondial* »⁵⁷.

Cela a conduit le Conseil à conclure à la nécessité de l'adoption de mesures propres à renforcer la prévention de la criminalité visant les biens culturels et de la lutte contre ce phénomène. C'est pourquoi le Conseil a notamment recommandé aux États membres d'envisager la ratification de ces deux conventions⁵⁸, et de coopérer plus étroitement avec l'UNESCO pour la prévention de la criminalité visant les biens culturels, une telle coopération passant par la mise en œuvre de mesures communes⁵⁹.

⁵⁴ R. Bretel, « La circulation juridique et matérielle des œuvres d'art en Europe : penser la frontière », *Revue de droit international d'Assas*, déc. 2021, n° 4, 1.

⁵⁵ C. Hershkovitch, C. Benoit, « Le contentieux de la restitution des biens culturels », *op. cit.*

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ Conclusions du Conseil relatives à la prévention de la criminalité visant les biens culturels et à la lutte contre ce phénomène, 13 et 14 déc. 2011, Bruxelles, p. 3.

⁵⁸ V. Directive 2014/60/UE, *précit.*, cons. 16 : « *Dans les conclusions relatives à la prévention de la criminalité visant les biens culturels et à la lutte contre ce phénomène qu'il a adoptées les 13 et 14 décembre 2011, le Conseil a reconnu la nécessité de prendre des mesures qui renforceront l'efficacité de la prévention de la criminalité concernant les biens culturels et de la lutte contre ce phénomène. Il a recommandé à la Commission d'apporter son appui aux États membres pour protéger de manière efficace les biens culturels en vue de prévenir et de combattre le trafic et de promouvoir des mesures complémentaires, le cas échéant. En outre, le Conseil a recommandé aux États membres d'envisager la ratification de la convention de l'Unesco concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels, signée à Paris le 17 novembre 1970, et de la convention d'Unidroit sur les biens culturels volés ou illicitement exportés, signée à Rome le 24 juin 1995* ».

⁵⁹ Conclusions du Conseil relatives à la prévention de la criminalité visant les biens culturels et à la lutte contre ce phénomène, 13 et 14 déc. 2011, Bruxelles, *précit.*, p. 3 ; V. également Conseil de l'Union européen, Conclusions

Eu égard à la dimension internationale aujourd'hui revêtue par le trafic de biens culturels, l'Union européenne et les organisations internationales poursuivent un dialogue inter-institutionnel afin de mieux appréhender l'impact de certains phénomènes, ayant notamment trait au terrorisme international, sur les atteintes portées aux biens culturels. Un tel dialogue permet de mieux articuler les ordres juridiques en présence, de manière à renforcer la protection des biens culturels.

2.2. La poursuite d'un dialogue inter-institutionnel avec les organisations internationales

L'exigence de protection des biens culturels s'impose progressivement à une échelle non plus seulement nationale ou régionale, mais également internationale. En effet, eu égard au développement et de la sophistication sans précédent des moyens de communication et des infrastructures de transport, les biens culturels peuvent aisément faire l'objet de transactions, y compris illicites, d'un État à un autre, voire d'un continent à un autre⁶⁰.

De telles considérations ont amenées des organisations internationales, telles que l'ONU, à adopter des actes destinés à mieux protéger certains biens culturels en luttant contre le commerce illicite dans le cadre des conflits armés et du terrorisme international. En 2015, le Conseil de sécurité des Nations Unies a adopté une résolution 2199 condamnant la destruction des patrimoines culturels iraquien et syrien à l'occasion des conflits armés se déroulant sur ces territoires, et adoptant des sanctions visant à combattre le trafic illicite d'antiquités et de biens culturels en provenance d'Iraq et de Syrie.

Par ce texte, le Conseil de sécurité des Nations Unies a étendu à la Syrie l'interdiction du commerce des biens culturels déjà applicable à l'Iraq depuis la résolution 1483 de 2003, et

du Conseil de l'Union européenne relatives à la prévention et à la lutte contre le trafic illicite des biens culturels, 3 nov. 2008, Bruxelles, 14224/2/08, REV2 CRIMORG 166, ENFOPOL 191, p. 2 : « le territoire de l'Union, de par les échanges économiques et commerciaux qui le caractérisent et le patrimoine artistique et culturel qu'il abrite, est une cible privilégiée des organisations criminelles » ; « Rappelant l'utilité de créer, ou de désigner au sein des services de police existants, des services chargés de la lutte contre le trafic illicite des biens culturels, conformément aux stipulations de la Convention de l'UNESCO du 14 novembre 1970 ».

⁶⁰ Pour un exposé des raisons du développement rapide du trafic illicite de biens culturels dans le cadre des conflits armés en Iraq et en Syrie, V. S. Urbinati, « L'Union européenne et la lutte contre le trafic illicite de biens culturels », *Ethnologies* (Géopolitique, conflits et patrimoine), 2017, Vol. 39, n° 1, pp. 237-250, spéc. n° 1 : « : 1) les groupes terroristes de Daech et al-Qaïda détruisent les patrimoines culturels qui, bien qu'appartenant à des civilisations qui ont fait partie de l'histoire de l'Iraq et de la Syrie, donnent une vision de la religion différente de la leur, et ils utilisent les revenus dérivant du trafic illicite de biens culturels pour financer leurs activités terroristes ; 2) le pillage et la contrebande des biens culturels mis en œuvre par le crime organisé local et international, phénomènes déjà bien présents dans ces deux pays, ont augmenté exponentiellement à la faveur du chaos provoqué par les affrontements ; 3) enfin, il se peut que les migrants d'Iraq et de Syrie, en fuyant les conflits armés, emportent avec eux des biens culturels, des objets petits et faciles à transporter, afin de financer leur voyage ».

a fermement condamné les divers types de destruction du patrimoine culturel des deux pays, que celle-ci résulte de dommages accidentels ou de destructions intentionnelles.

Dans le cadre de cette résolution mettant en exergue l'importance du patrimoine iraquien et sa nécessaire préservation⁶¹, le Conseil de sécurité a décidé que :

*« tous les États Membres doivent prendre les mesures voulues pour faciliter la restitution, en bon état, aux institutions iraqiennes des biens culturels iraqiens et des autres objets ayant une valeur archéologique, historique, culturelle, scientifique ou religieuse, qui ont été enlevés illégalement du Musée national iraquien, de la Bibliothèque nationale et d'autres sites en Iraq depuis l'adoption de la résolution 661 (1990) du 6 août 1990 »*⁶².

De telles mesures consisteraient à frapper d'interdiction le commerce ou le transfert de ces objets, ainsi que des objets dont il y a de bonnes raisons de croire qu'ils ont été enlevés illégalement⁶³.

En 2019, par une résolution 2347, le Conseil de sécurité des Nations Unies a renforcé la portée de la résolution 2199. Par ce nouveau texte, l'organisation internationale a notamment reconnu le rôle de la culture comme une source de stabilité et d'inclusion, donc comme un moteur de réconciliation et de résilience.

Il a effectivement été souligné que :

*« la destruction illégale du patrimoine culturel, le pillage et la contrebande de biens culturels en cas de conflits armés, notamment par des groupes terroristes, et les tentatives de nier les racines historiques et la diversité culturelle dans ce contexte, peuvent alimenter et exacerber les conflits et font obstacle à la réconciliation nationale après les conflits, compromettant ainsi la sécurité, la stabilité, la gouvernance et le développement social, économique et culturel des États touchés »*⁶⁴.

⁶¹ Conseil de sécurité des Nations Unies, Résolution 2199 (2015), p. 2 : « *Insistant sur la nécessité de respecter le patrimoine archéologique, historique, culturel et religieux de l'Iraq et de continuer à assurer la protection des sites archéologiques, historiques, culturels et religieux, ainsi que des musées, bibliothèques et monuments* ».

⁶² *Ibid.*, p. 7.

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ Conseil de sécurité des Nations Unies, Résolution 2347, 2019, p. 1.

Cela a conduit le Conseil de sécurité à demander aux États membres d'envisager l'adoption d'une série de mesures⁶⁵, destinées à prévenir et à combattre le trafic de biens culturels illicitement pris et exportés en période de conflit armé, notamment par les groupes terroristes⁶⁶.

Dans ce contexte de conflit armé en Iraq et en Syrie, les initiatives du Conseil de sécurité des Nations Unies pour renforcer son arsenal répressif du trafic illicite de biens culturels au Moyen-Orient semblent avoir été prises en considération par les institutions de l'Union européenne.

En 2017, la Commission européenne a proposé de nouvelles règles visant à contrer les importations illégales et le trafic de biens culturels provenant de l'extérieur de l'Union⁶⁷. Ce nouveau cadre normatif constitue l'une des dernières mesures envisagées dans le cadre du plan d'action de la Commission européenne destiné à renforcer la lutte contre le financement du terrorisme⁶⁸. Ces mesures auraient pour objectif de mettre fin à un tel trafic, en interdisant l'importation, dans l'Union européenne, de biens culturels exportés illégalement de leur pays d'origine.

Afin d'élaborer ces nouvelles règles restreignant considérablement la circulation internationale des biens culturels, la Commission européenne s'est notamment référée à la résolution 2347 du Conseil de sécurité des Nations Unies⁶⁹. Ce faisant, la Commission a ancré sa proposition législative au sein d'un contexte de droit international en faveur d'un encadrement strict des mouvements transnationaux de biens culturels.

⁶⁵ Consistant notamment en la mise en place d'inventaires numérisés et accessibles ; en la création de bases de données d'objets volés et l'utilisation et la contribution à la base UNESCO des législations ; en l'établissement de normes pour les musées et le marché de l'art sur la certification de provenance et la diligence requise ; en la fourniture de listes de sites culturels sous contrôle des terroristes, en le développement de l'enseignement et de la sensibilisation ; en la mise en place de programmes d'enseignement sur la protection du patrimoine culturel, et de sensibilisation du public au trafic illicite.

⁶⁶ Conseil de sécurité des Nations Unies, Résolution 2347 (2019), *précit.*, p. 5, §17.

⁶⁷ European Commission, Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on the import of cultural goods, 13rd July 2017, COM(2017) 375 final, consultable à l'adresse suivante : https://ec.europa.eu/taxation_customs/system/files/2017-07/cultural_goods_proposal_en.pdf.

⁶⁸ V. Commission européenne, « La Commission présente un plan d'action destiné à renforcer la lutte contre le financement du terrorisme », Communiqué de presse, 2 févr. 2016, IP/16/202.

⁶⁹ European Commission, Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on the import of cultural goods, *précit.*, p. 2 : « On 24 March 2017, with Resolution 2347 (2017), the Security Council of the United Nations requested Member States to take steps to counter the illicit trade and trafficking in cultural property in particular when originating from a context of armed conflict and conducted by terrorist groups ».

Pour sa part, la convention du Conseil de l'Europe sur les infractions visant des biens culturels, adoptée en 2017⁷⁰, dévoile la même préoccupation partagée de lutte contre le trafic illicite et la destruction de biens culturels dans le cadre du terrorisme et de la criminalité organisée.

Ce texte se réfère non seulement à la convention de l'UNESCO de 1970 et à la convention d'UNIDROIT de 1995, mais également à de nombreuses résolutions adoptées par le Conseil de sécurité des Nations Unies. Au stade des considérants de la convention, le Conseil de l'Europe a notamment admis que, « *pour lutter de manière efficace contre les crimes visant des biens culturels, une coopération internationale étroite entre les États membres et les États non membres du Conseil de l'Europe devrait être encouragée* »⁷¹.

À cet égard, le travail d'élaboration de la convention s'est fait en étroite collaboration avec plusieurs entités et organisations internationales, tels qu'UNIDROIT, l'UNESCO, l'Union européenne, et l'ONUUDC⁷². La convention du Conseil de l'Europe sur les infractions visant des biens culturels constitue donc l'aboutissement d'une coopération interinstitutionnelle internationale prônant une protection des biens culturels par le contrôle de leur circulation ; une telle approche irriguant également le cadre normatif du droit de l'Union européenne dans le domaine.

⁷⁰ Convention du Conseil de l'Europe sur les infractions visant des biens culturels, 19 mai 2017, Nicosie, STCE, n° 221.

⁷¹ Convention du Conseil de l'Europe sur les infractions visant des biens culturels, *précit.*, p. 2.

⁷² V. Conseil de l'Europe, Infractions visant des biens culturels, consultable à l'adresse suivante : <https://www.coe.int/fr/web/culture-and-heritage/cultural-property>.

CONCLUSION

Bien qu'appréhendés comme des produits comme les autres d'un point de vue de la règle de libre circulation des marchandises, les institutions de l'Union européenne ont malgré tout admis que les spécificités des biens culturels puissent justifier certaines restrictions apportées à leur circulation dans l'Union européenne. Toutefois, le principe d'unité de marché au sein de l'Union implique une conception restrictive, tant de la notion de bien culturel, retenue par le droit dérivé de l'Union, que de la notion de trésor national, retenue par le droit primaire de l'Union au titre de l'article 36 du TFUE.

Par la suite, dans un contexte de lutte contre le terrorisme international accroissant le trafic illicite de biens culturels, les institutions de l'Union européenne ont été conduites à apprécier plus largement la notion de bien culturel. Cette appréciation plus large des biens culturels susceptibles de protection a permis aux institutions de l'Union d'envisager la mise en place d'un cadre plus efficient pour préserver les biens culturels de commerces illicites ; et ce, même si un tel encadrement des mouvements des biens culturels dans le marché intérieur de l'Union européenne porte atteinte aux libertés de circulation de l'Union.

Ainsi, le cadre normatif de la protection des biens culturels dans l'Union européenne, largement inspiré par les conventions UNESCO de 1970 et UNIDROIT de 1995, tend aujourd'hui à un renforcement afin de répondre aux enjeux contemporains soulevés par le commerce illicite de biens culturels dans le cadre de conflits armés et de terrorisme international. Des entraves supplémentaires à la circulation des biens culturels sont ainsi légitimées par l'ordre juridique de l'Union européenne.