05 | année 04
Printemps 2023

Guerre

RED



Revue Européenne du Droit

Direction scientifique
Bernard Stirn

CLUB DES JURISTES
GROUPE D'ÉTUDES GÉOPOLITIQUES

le club des juristes

RED

Revue Européenne du Droit

ISSN 2740-8701

Revue éditée par le Groupe d'études géopolitiques

45 rue d'Ulm 75005 Paris
geopolitique.eu/revue-europeenne-du-droit
geg@ens.fr

Comité scientifique
Alberto Alemanno, Luis Arroyo Zapatero, Frédéric Baab, Emmanuelle Barbara, Gilles Briatta, Guy Canivet, Laurent Cohen-Tanugi, Pavlos Eleftheriadis, Jean-Gabriel Flandrois, Emanuela Fronza, Aurélien Hamelle, Astrid Mignon Colombet, Nicolas Molfessis, Pierre-Louis Périn, Sébastien Pimont, Pierre Sellal, Pierre Servan-Schreiber et Jorge E. Viñuales.

Rédacteurs en chef
Hugo Pascal et Vasile Rotaru

Directeurs de la publication
Gilles Gressani et Mathéo Malik

Comité de rédaction
Joachim-Nicolas Herrera (dir.), Anda Bologa, Dano Brossmann, Jean Chuilon-Croll et Francesco Pastro.

Pour citer un article de la revue
[Nom de l'auteur / Titre],
Revue européenne du droit, volume 4,
numéro 1, printemps 2023

2 **Le droit en temps de guerre**
Hugo Pascal et Vasile Rotaru

5 **Guerre et droit en Europe**
Bernard Stirn

LE DROIT EN TEMPS DE GUERRE EN EUROPE

Les outils de guerre juridique

8 **Les nouvelles frontières des sanctions européennes et les zones grises du droit international**
Régis Bismuth

15 **Criminologie de la guerre et politique criminelle de l'Union européenne**
Luis Arroyo Zapatero

23 **Sanctionner. Confisquer. Compenser. Comment l'argent russe peut être utilisé pour compenser les victimes ukrainiennes**
Leanna Burnard et Mira Naseer

30 **Les entreprises face à la guerre**
Nicole Belloubet, Didier Rebut et Hugo Pascal

L'État de droit pendant la guerre

35 **Sanctions, confiscation et État de droit**
Anton Moiseienko

43 **La crise des réfugiés en Ukraine : questions juridiques clés**
Erin Mooney

53 **Le devoir de vigilance européen : instrument de promotion d'un modèle de gouvernance vertueux**
Bernard Cazeneuve et Alexandre Mennucci

LE DROIT APRÈS LA GUERRE EN EUROPE

La justice d'après-guerre

60 **À la recherche d'une responsabilité pour le crime d'agression contre l'Ukraine**
Federica D'Alessandra

74 **Autodétermination du peuple ukrainien et agression russe**
Pietro Pustorino

78 **Réconciliation post-conflit en Ukraine**
Elena Baylis

84 **La justice transitionnelle dans le contexte de la guerre en Ukraine**
Elisenda Calvet-Martínez

L'ordre international d'après-guerre

92 **Guerre en Ukraine - Mutation ou résilience des principes de la Charte des Nations unies?**
Alain Pellet

96 **La guerre en Ukraine et la limitation du droit de veto au Conseil de sécurité**
Anne Peters

104 **La guerre en Ukraine un an après : une lueur d'espoir**
Elena Chachko et Katerina Linos

112 **Droit international et guerre à la lumière du conflit en Ukraine : une liaison consubstantielle biaisée depuis son origine**
Jean-Marc Sorel

DES CICATRICES GÉOPOLITIQUES DURABLES

116 **L'Europe dans l'interrègne : notre réveil géopolitique après l'Ukraine**
Josep Borrell

121 **Un nouveau concept stratégique pour l'Alliance atlantique**
José Manuel Albares

123 **La guerre en Ukraine et la transition énergétique**
Jorge E. Viñuales

130 **La guerre d'Ukraine et les conditions de la paix mondiale**
François Hollande



Régis Bismuth • Professeur à l'École de droit de Sciences Po

Les nouvelles frontières des sanctions européennes et les zones grises du droit international

En l'espace d'un peu plus d'une année, entre février 2022 et avril 2023, l'Union européenne (UE) a adopté à la suite de l'invasion de l'Ukraine par la Russie une série de sanctions (aussi désignées « mesures restrictives ») sans précédent au regard de sa pratique antérieure. Chaque « paquet » de sanctions, dix à ce jour, lesquelles se sont greffées sur le cadre juridique de celles adoptées en 2014 à la suite de l'annexion de la Crimée, vient amplifier les précédentes mesures, non seulement en allongeant la liste des personnes et entités sanctionnées mais aussi en ciblant de nouvelles activités, en mettant en œuvre de nouveaux types de restrictions, et en étendant leur champ d'application. Les discussions actuelles entourant un possible onzième « paquet » de sanctions montrent que l'UE n'a pas encore épuisé cette ressource qu'elle s'est efforcée de déployer de manière graduelle, et ce, en espérant que la montée en puissance de ces mesures n'incite la Russie à se retirer d'Ukraine et n'affecte suffisamment son effort de guerre voire, moins explicitement, qu'elle ne produise les conditions d'un changement de régime.

Il est délicat d'évaluer l'efficacité des sanctions visant la Russie – et ce n'est d'ailleurs pas l'objet de cet article. Si elles n'ont ni mis fin au conflit ni provoqué un changement de régime, elles ne peuvent être appréhendées uniquement à cette aune. Elles s'intègrent dans un schéma multidimensionnel qui intègre non seulement tout un ensemble de contraintes mais aussi de nombreuses considérations connexes.

Les contraintes sont d'abord celles découlant des intérêts de l'Union elle-même. Sans doute leur protection, du moins à moyen terme, l'ont empêchée d'adopter les mesures – par exemple un embargo total sur l'importation du gaz russe – qui auraient pu porter un coup plus fatal aux ressources de la Fédération de Russie mais qui auraient certainement affecté dans une tout aussi large mesure l'économie européenne. Il ne faut également pas mésestimer le fait que la situation a aussi conduit l'UE à envisager les synergies potentielles entre sa réponse à l'invasion de l'Ukraine et ses autres objectifs en matière d'indépendance énergétique ou de lutte contre les changements climatiques. C'est le cas par exemple du plan REPowerEU présenté par la Commission européenne en mai 2022 qui ambitionne de favoriser les économies d'énergie, la production d'une énergie propre et la diversification des sources d'approvisionnement[1]. Cette « écologie de guerre », pour reprendre l'expression de Pierre Charbonnier[2], peut aussi être envisagée comme des mesures visant à affecter à plus long terme l'économie russe et à la réalisation des objectifs des sanctions économiques, sans pour autant qu'elles soient assignées du label de « mesures restrictives ». Il convient donc non seulement de ne pas être obnubilés par la question de l'efficacité des sanctions entendues *stricto sensu* de la même manière qu'il ne faudrait pas que celles-ci éclipsent les autres mesures avec lesquelles elles ont un lien étroit.

Les contraintes sont ensuite celles du droit, principalement du droit de l'UE et du droit international. La question de la légalité des éventuelles mesures de confiscation des avoirs gelés appartenant à la Fédération de Russie ou aux oligarques qui fait actuellement l'objet de nombreuses controverses en constitue un exemple pertinent – nous aurons l'occasion d'y revenir. Ces contraintes peuvent toutefois être envisagées dans une perspective inversée. Si le droit international restreint certainement le droit des États d'adopter des sanctions, on peut se demander si, dans certains cas, il ne les autorise pas à agir de la sorte, voir s'il ne leur impose pas une obligation d'adopter des mesures restrictives – nous aurons aussi l'occasion d'y revenir[3]. L'envisager montre que nous sommes potentiellement dans l'une de ces zones grises du droit international qui sert tout autant de limite que de justification à l'adoption des sanctions.

À de maints égards, plusieurs aspects des sanctions européennes adoptées dans le cadre de la crise ukrainienne se placent dans ces zones grises juridiques. Ces sanctions – et celles qui sont à ce stade sérieusement envisagées – se distinguent en effet de celles habituellement adoptées par l'Union que cela soit du fait de leur ampleur, de leur champ d'application potentiel ou des nouveaux instruments déployés ou sur le point de l'être. Ce sont ces zones grises que cet article propose d'étudier avec l'ambition générale de montrer qu'elles sont aussi consubstantielles à l'évolution du droit international. En d'autres termes, les sanctions constituent aussi un laboratoire juridique où sont testées les limites du droit international et où prennent forme certaines de ses mutations. Après quelques considérations générales sur ces nouvelles sanctions européennes et les cadres d'analyse dans lesquels elles s'intègrent (I), nous nous pencherons successivement

1. Commission européenne, Communication de la Commission au Parlement européenne, au Conseil européen, au Conseil, au Comité économique et social et au Comité des Régions, Plan REPowerEU, COM(2022) 230 final, 18 mai 2022.
2. Pierre Charbonnier, « La naissance de l'écologie de guerre », *Le Grand Continent*, 18 mars 2022, https://legrandcontinent.eu/fr/2022/03/18/la-naissance-de-lecologie-de-guerre/.
3. V. nos remarques *infra* dans la première section.

sur deux aspects qui méritent d'être mis en relief quant à cette nouvelle donne des mesures restrictives, à savoir l'émergence d'une nouvelle extraterritorialité européenne en la matière (II) et la rupture que constituerait le développement d'un nouvel arsenal de confiscation des avoirs gelés (III).

I. Les sanctions européennes et les catégories du droit international

C'est un truisme que de rappeler que les mesures restrictives adoptées par l'UE dans le cadre de la crise ukrainienne sont unilatérales. La présence de la Russie en tant que membre permanent du Conseil de sécurité dotée d'un droit de veto empêchait en effet que toute mesure multilatérale soit adoptée par l'organe onusien. La question de la légalité des sanctions unilatérales en droit international qui a donné lieu à une littérature abondante et diverses controverses[4] peut être laissée de côté à ce stade. Le terme « sanction » n'est pas lui-même une notion juridique à laquelle est attachée un régime spécifique et l'appréciation de la légalité de ces mesures dépend d'un ensemble de facteurs concernant la nature de la mesure (restriction d'activité économique, gel, confiscation, etc.), sa portée (extraterritoriale ou non) et les raisons ayant motivé son adoption (tensions entre États, conflit armé, non-respect de l'état de droit, violation des droits de l'homme, violation d'une norme impérative du droit international général). Il existe ainsi une différence significative de contexte entre, d'une part, les sanctions adoptées par plusieurs États et l'UE à la suite de l'invasion de l'Ukraine par la Russie en violation d'une norme impérative du droit international général et, d'autre part, celles extraterritoriales adoptées par les États-Unis à l'endroit de Cuba. Dans le cas de l'embargo américain de Cuba d'ailleurs, l'Assemblée générale des Nations Unies (AGNU) adopte annuellement à une écrasante majorité une résolution « exhort[a]nt de nouveau tous les États à s'abstenir d'adopter ou d'appliquer [de telles sanctions extraterritoriales] comme leur en font obligation la Charte des Nations Unies et le droit international »[5].

L'AGNU a également fermement condamné en mars 2022 l'agression de la Russie contre l'Ukraine en violation de la Charte des Nations unies[6]. Elle n'a toutefois pas recommandé l'adoption de sanctions de la part des États membres pour répondre à cette violation. Elle ne l'a pas fait également dans sa plus récente résolution de février 2023[7]. Certains soutiennent que l'Assemblée générale aurait pu coordonner la mise en place de telles mesures en l'absence d'action du Conseil de sécurité[8]. Il n'en reste pas moins que les États ont la possibilité d'adopter des mesures de rétorsion qui ne violent aucune obligation internationale, et que se développe également depuis maintenant plusieurs années une pratique encore débattue de contre-mesures de tierces parties (*third-party countermeasures*) adoptées par les États autres que l'État lésé[9].

Si ce que peuvent faire les États se situe dans une zone grise, un nouvel espace d'incertitude se dessine entre ce que les États peuvent faire ou doivent faire lorsque la violation d'une norme impérative est en jeu. Que l'on songe par exemple aux règles coutumières en matière de responsabilité des États qui imposent aux États de ne pas prêter aide ou assistance au maintien d'une situation créée par une violation grave d'une norme impérative du droit international général[10]. Cette obligation de non-assistance ne pourrait-elle pas être interprétée comme imposant aux États d'adopter des mesures restrictives destinées à ne pas soutenir, fût-ce indirectement, l'effort militaire à l'origine de cette violation ? Il ne s'agit en l'état actuel que d'une conjecture juridique mais, on le voit, les règles de droit international qui gouvernent ce que l'on désigne habituellement sous le label « sanctions » laissent place à de nombreuses options et interprétations. Il n'est pas surprenant de constater d'ailleurs que les États qui ont fermement condamné les actes de la Russie n'en tirent pas nécessairement les mêmes conséquences.

À cet égard, la réplique de l'Union européenne a été impressionnante compte tenu de l'ampleur des sanctions adoptées, et ce, malgré des procédures qui imposent au Conseil de statuer à l'unanimité pour ce qui concerne l'adoption de mesures restrictives, dont certaines ont été coordonnées au sein du G7. L'essentiel des mesures s'articulent autour de deux grands axes habituels des mesures restrictives européennes, à savoir la mise en place de restrictions économiques, d'une part, et des sanctions individuelles visant des personnes physiques et des entités, d'autre part. Elles présentent toutefois plusieurs nouveautés, tant pour ce qui concerne les instruments qui ont été utilisés que pour ce qui se rapporte à l'intensité des sanctions édictées.

4. Pour un panorama, v. Iryna Bogdanova, Unilateral Sanctions in International Law and the Enforcement of Human Rights – The Impact of the Principle of Common Concern of Humankind, Brill, 2022, p. 59 et s. V. aussi, Jean-Marc Thouvenin, « Articulating UN Sanctions with Unilateral Restrictive Measures », in Charlotte Beaucillon (ed.), Research Handbook on Unilateral and Extraterritorial Sanctions, Edward Elgar, 2021, p. 149 et s.; Antonios Tzanakopoulos, « The Right to Be Free from Economic Coercion », Cambridge International Law Journal, vol. 4, 2015, p. 616, et s.
5. Pour la dernière version, v. AGNU, Résolution 77/7, Nécessité de lever le blocus économique, commercial et financier imposé à Cuba par les États-Unis d'Amérique, A/RES/77/7, 3 novembre 2022.
6. AGNU, Résolution ES-11/1, Agression contre l'Ukraine, A/RES/ES-11/1, 2 mars 2022.
7. AGNU, Résolution ES-11/6, Principes de la Charte des Nations Unies sous-tendant une paix globale, juste et durable en Ukraine, A/RES/ES-11/6, 23 février 2023.
8. Rebecca Barber, « What can the UN General Assembly do about Russian Aggression in Ukraine? », *EJIL:Talk!*, 26 février 2022, https://www.ejiltalk.org/what-can-the-un-general-assembly-do-about-russian-aggression-in-ukraine. V. aussi, Rebecca Barber, « An Exploration of the General Assembly's Troubled Relationship with Unilateral Sanctions », *ICLQ*, vol. 70(2), 2021, p. 343 et s.
9. Martin Dawidowicz, « Third-Party Countermeasures: A Progressive Development of International Law? », *Questions of International Law*, vol. 29, 2016, p. 3 et s.
10. Commission du droit international, Articles sur la responsabilité des États pour fait internationalement illicite, article 41(2).

L'agression de l'Ukraine par la Russie a été en effet l'occasion de mettre en œuvre de nouveaux types de restrictions qui n'avaient été jusqu'alors jamais déployées dans l'arsenal de l'UE. Que l'on songe par exemple à la mise en place de plafonds de prix pour les produits pétroliers russes, à l'interdiction d'émettre adressée à plusieurs médias russes (Sputnik, Russia Today, etc.) accusés de campagnes de désinformation et de déstabilisation, à l'interdiction de fournir des services de conseil juridique à des personnes russes ou bien encore à l'immobilisation des réserves de change de la banque centrale russe.

D'autres mesures surprennent par leur intensité ou leur caractère particulièrement englobant qui tendent à montrer qu'elles ne visent pas seulement à cibler les personnes responsables des violations du droit international ou à affecter l'économie russe et, par ricochet, sa capacité à maintenir son effort de guerre. L'interdiction faite aux banques européennes d'accepter des dépôts supérieurs à un certain seuil de ressortissants russes ou de personnes physiques résidant en Russie peut surprendre dans le sens où il impose des restrictions à des personnes sur le seul fondement de leur nationalité ou leur lieu de résidence tout en soulignant qu'elles « ne s'appliquent pas aux ressortissants d'un État membre, d'un pays membre de l'Espace économique européen ni de la Suisse[11] ».

Les mesures individuelles imposant un gel des avoirs et une interdiction de voyager dans l'UE ont également surpris par leur ampleur. Sont visées par ces sanctions non seulement les personnes responsables des actions ou politiques qui principalement « compromettent ou menacent l'intégrité territoriale, la souveraineté et l'indépendance de l'Ukraine, ou la stabilité ou la sécurité de l'Ukraine »[12], celles qui apportent un soutien matériel ou financier à de telles activités[13] ou à ces personnes[14], mais aussi « les femmes et hommes d'affaires influents, les personnes morales, les entités ou organismes ayant une activité dans des secteurs économiques qui fournissent une source substantielle de revenus au gouvernement de la Fédération de Russie »[15] ainsi que, pour toutes ces personnes, « les personnes physiques ou morales, entités ou organismes qui leur sont associés »[16]. Cette dernière catégorie ainsi que celle des « femmes et hommes d'affaires influents » qui permet de cibler ceux habituellement désignés comme les oligarques ont suscité certaines interrogations compte tenu du caractère très vague de la notion permettant à l'UE de cibler un très large nombre de personnes qui n'ont pas nécessairement de liens directs ou indirects avec les actes répréhensibles[17]. On peut également se poser des questions pour ce qui concerne la proportionnalité de ces sanctions puisque ce sont exactement les mêmes mesures de gel intégral des avoirs et d'interdiction de voyager dans l'UE qui s'appliquent indistinctement d'une part aux décideurs russes de premier plan et d'autre part par exemple aux personnes associées à des femmes et hommes d'affaires influents.

Il n'est pas possible d'évaluer ici la légalité de l'ensemble de ces mesures au regard du droit international. Au demeurant, c'est bien davantage la question de la légalité au regard du droit de l'UE, en particulier des droits fondamentaux, qui est déjà posée, des recours ayant été engagés contre certaines mesures restrictives européennes. Les juridictions de l'UE ont déjà eu l'occasion d'annuler les mesures restrictives visant une personne au motif que l'existence de liens familiaux ne suffit pas à établir un lien d'association avec une autre personne sanctionnée[18]. Elles ont par ailleurs rejeté la demande d'annulation de RT France d'annuler les actes du Conseil interdisant la diffusion de certains médias russes[19] – un appel est actuellement pendant dans cette affaire devant la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE)[20]. Un recours a également été introduit par l'Ordre des avocats à la cour de Paris pour ce qui concerne l'interdiction de fournir des services juridiques, l'Ordre estimant entre autres qu'elle entrave le droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial, lequel inclut au sens de la Charte des droits fondamentaux de l'UE le droit « de se faire conseiller, défendre et représenter[21] ». Il reviendra ainsi au cours des prochains mois à la CJUE de se positionner en tant qu'instance régulatrice de ces nouvelles formes de mesures restrictives qui ont été déployées dans l'arsenal de l'UE.

II. L'extraterritorialité rampante des sanctions européennes

Si de nouvelles formes de mesures restrictives ont été mises en œuvre par l'Union à la suite de l'agression de la Russie, les sanctions européennes se manifestent aussi, de manière sans doute plus difficilement perceptible, par une forme d'extraterritorialité rampante ayant certainement vocation à être amplifiée dans les mois à venir dans le cadre de l'adoption de nouveaux « paquets » de sanctions. Le terme d'extraterritorialité est utilisé ici simplement pour désigner la volonté de réglementer une situation se déroulant à l'étranger et n'impliquant pas des personnes ayant un lien de nationalité avec l'État qui réglemente[22]. Dans le cadre des sanctions européennes, il s'agirait par

11. Article 5 *ter* du Règlement 833/2014 du Conseil du 31 juillet 2014 concernant des mesures restrictives eu égard aux actions de la Russie déstabilisant la situation en Ukraine.
12. Article 3(1)(a) et (b) du Règlement 269/2014 du Conseil du 17 mars 2014 concernant des mesures restrictives eu égard aux actions compromettant ou menaçant l'intégrité territoriale, la souveraineté et l'indépendance de l'Ukraine.
13. Règlement 269/2014, article 3(1)(b).
14. Règlement 269/2014, article 3(1)(d).
15. Règlement 269/2014, article 3(1)(g).
16. Règlement 269/2014, article 3(1) al. 2.
17. V. par ex., E. Muller, « Aspects sectoriels – Les avoirs », Revue Française de Droit Administratif, 2022, p. 629 ; Yulia Miadzvetskaya, Celia Challet, « Are EU Restrictive Measures Really Targeted, Temporary and Preventive? The Case of Belarus », *Europe and the World: A Law Review*, vol. 6(1), 2022, p. 10.
18. Trib. UE, T-212/22, *Violetta Prigozhina c/ Conseil*, arrêt du 8 mars 2023 (ECLI:EU:T:2023:104).
19. Trib. UE (Gr. Ch.), T-125/22, *RT France c/ Conseil*, arrêt du 27 juillet 2022 (ECLI:EU:T:2022:483).
20. Affaire n° C-620/22 P.
21. Charte des droits fondamentaux de l'UE, article 47 al. 2.
22. Sur la question de l'extraterritorialité, v. Régis Bismuth « Pour une appréhension nuancée de l'extraterritorialité du droit américain - Quelques

exemple pour l'Union de vouloir réglementer une transaction entre une entreprise russe et une entreprise chinoise.

Évoquer la possibilité d'une extraterritorialité des sanctions européennes peut surprendre tant l'Union s'est montrée parfois offensive lorsqu'il s'agissait de dénoncer l'extraterritorialité des sanctions américaines. Déjà, en 1982, la Communauté européenne avait réagi vigoureusement aux mesures interdisant l'exportation par les États-Unis de biens et de technologies destinés aux entreprises européennes impliquées dans le projet de gazoduc euro-sibérien avec l'URSS. Dans la mesure où ces sanctions visaient à réglementer le comportement de personnes non américaines à l'étranger, la Communauté avait déclaré que « goods and technology do not have any nationality and there are no known rules under international law for using goods or technology situated abroad as a basis of establishing jurisdiction over the persons controlling them »[23]. Une étape avait été franchie en 1996 lorsque la Communauté avait réagi aux sanctions économiques extraterritoriales américaines contre Cuba (loi Helms-Burton) ainsi que contre la Libye et la Syrie (loi d'Amato-Kennedy), qui s'appliquaient également aux personnes non américaines en ce qui concerne leurs relations avec ces pays. La Communauté avait adopté un règlement de blocage destiné à protéger et à contrecarrer les mesures américaines et dont le préambule soulignait que « par leur application extraterritoriale », ces sanctions « violent le droit international »[24].

Les programmes de sanctions adoptés par l'Union ont traditionnellement rejeté toute forme d'extraterritorialité. Les lignes directrices du Conseil relatives aux sanctions soulignent d'ailleurs que « les mesures restrictives de l'UE ne devraient s'appliquer que dans des situations où il existe des liens avec l'UE[25] » et que l'UE « s'abstiendra d'adopter des instruments législatifs qui, par leur application extraterritoriale, violeraient le droit international »[26]. Les clauses générales définissant le champ d'application des sanctions visant la situation en Ukraine se placent dans la même perspective. Les règlements 269/2014 et 833/2014 soulignent tous deux qu'ils s'appliquent sur le territoire de l'UE, aux aéronefs et navires des États membres, aux ressortissants des États membres, aux sociétés ou d'autres entités établies ou constituées selon la législation des États membres, et à toute opération commerciale réalisée intégralement ou en partie dans l'UE[27].

La portée géographique des sanctions européennes mérite toutefois d'être réévaluée au regard de plusieurs éléments, en particulier ceux destinés à éviter un contournement des sanctions européennes[28].

Les deux principaux règlements précisent que les opérateurs européens sont soumis à des prohibitions de réaliser certaines opérations « directement ou indirectement »[29], suggérant ainsi que les transactions réalisées via des opérateurs économiques d'État tiers pourrait entrer dans le cadre des sanctions alors que ces opérateurs ne sont pas visés par leur champ d'application. La Commission a ainsi souligné dans ses FAQs à propos du règlement 833/2014 que s'il ne s'appliquait pas aux filiales russes d'entreprises européennes car il s'agit d'entreprises de droit russe hors du champ d'application des mesures, il est toutefois « *prohibited for EU parent companies to use their Russian subsidiaries to circumvent the obligations that apply to the EU parent, for instance by delegating to them decisions which run counter the sanctions, or by approving such decisions by the Russian subsidiary* »[30].

Sur un autre plan, les critères utilisés pour l'adoption de sanctions individuelles sont également suffisamment larges pour cibler des personnes d'États tiers pour leurs activités conduites avec la Russie. Ainsi le Conseil a pu sanctionner en octobre 2022 plusieurs individus iraniens pour avoir fourni des équipements militaires (notamment des drones)[31] à la Russie au motif qu'ils « apportent un soutien matériel ou financier à des actions qui compromettent ou menacent l'intégrité territoriale, la souveraineté et l'indépendance de l'Ukraine »[32]. De manière tout aussi intéressante, afin de contrecarrer le contournement des sanctions et cibler des situations se déroulant en dehors du territoire des États membres, le Conseil a adopté un nouveau critère permettant de placer sur la liste des sanctions individuelles « les personnes physiques ou morales, les entités ou les organismes qui facilitent les violations de l'interdiction de contournement [des mesures restrictives] »[33]. Même si la transaction en jeu devra certainement avoir un lien avec l'UE (par exemple en important des biens de l'UE pour les réexporter vers la Russie depuis un États tiers), la volonté affichée par l'UE de cibler par des sanctions individuelles des entités d'États tiers pour réaliser des transactions prohibées peut faire penser, dans leur logique, aux sanctions secondaires américaines.

Ces évolutions doivent aussi s'appréhender dans le cadre plus général d'une volonté de l'UE d'aligner la politique des États tiers sur la sienne en matière de sanctions. Il n'est pas exclu en effet que l'Union aille plus loin dans ses prochains paquets de sanctions en mettant en œuvre des restrictions économiques visant les opérateurs qui

réflexions autour des procédures et sanctions visant Alstom et BNP Paribas », *AFDI*, 2015, p. 785 et s.

23. European Communities, Comments on the US Regulations Concerning Trade with the USSR, *International Legal Materials*, vol. 21, 1982, p. 891.
24. Règlement n° 2271/96 du Conseil du 22 novembre 1996 portant protection contre les effets de l'application extraterritoriale d'une législation adoptée par un pays tiers, ainsi que des actions fondées sur elle ou en découlant.
25. Conseil de l'Union européenne, Lignes directrices relatives aux sanctions, 5664/18, 4 mai 2018, n° 51.
26. *Ibid*., n° 52.
27. Article 17 du Règlement 269/2014; Article 13 du Règlement 833/2014.
28. Sur ces aspects, v. Jan Dunin-Wasowicz, « The Long Arm of EU Sanctions », *Blog EU Law Live*, 25 octobre 2022.
29. Règlement 269/2014, article 2(2); Règlement 833/2014, articles 2(1), 2(2), 2*bis*, 2*bis bis*, 3, 3*ter*, 3*quater*, 3 *septies*, 3*octies*, etc.
30. Commission européenne, General Questions – Council Regulation 833/2014 : Council Regulation 269/2014, 26 juillet 2022, n° 14.
31. Règlement d'exécution 2022/1985 du Conseil du 20 octobre 2022 mettant en œuvre le règlement 269/2014.
32. Article 3(1)(b) du Règlement 269/2014.
33. Article 3(1)(h) du Règlement 269/2014.

font du commerce avec la Russie. La déclaration jointe de la Présidente de la Commission von der Leyen et du Président Biden est sur ce point très éloquente lorsque ceux-ci indiquent en mars 2023 : « *we are taking new steps together to target additional third-country actors across the globe to disrupt support for Russia's war from any corner of the world where it is identified* »[34]. L'idée serait donc d'utiliser le levier que constitue l'accès au marché de l'UE pour contraindre les opérateurs des pays tiers de se conformer aux mesures européennes. Il s'agirait en d'autres termes de transformer un privilège économique (la puissance du marché) comme privilège juridique (la capacité d'imposer extraterritorialement des règles de conduite)[35]. Il ne pourrait d'une certaine façon plus avoir de neutralité économique des États tiers.

Ces évolutions peuvent surprendre au regard de la position historique de l'UE concernant l'extraterritorialité des sanctions américaines, et cela soulève indéniablement une question de cohérence. Lorsqu'elle condamnait les velléités extraterritoriales américaines, l'UE mettait davantage l'accent sur la situation que la règle entendait gouverner (une transaction entre un pays sous sanction et un opérateur d'un État tiers) plus que le motif pour lequel les sanctions ont été prises. C'est sur ce dernier plan qu'il faut faire une distinction entre les sanctions américaines contre Cuba prises pour des motifs propres à la politique étrangère américaine et celles de l'UE contre la Russie adoptées en réponse à la violation d'une norme impérative du droit international général. Il serait en effet possible de considérer - du moins se place-t-on ici dans l'une de ces zones grises du droit international - qu'il puisse découler de l'obligation de non-assistance dans l'hypothèse d'une violation d'une règle de *jus cogens* une responsabilité pour les États de prendre des mesures restrictives visant les opérateurs d'États tiers contribuant même indirectement à la continuation de la situation découlant de cette violation.

Il est intéressant de constater lorsque l'on relit les lignes directrices du Conseil sur les mesures restrictives européennes qu'il y a une petite différence entre la version anglaise et française sur la question de l'extraterritorialité. Alors que la version française fait référence à des sanctions « qui, par leur application extraterritoriale, violeraient le droit international »[36] (en l'occurrence se concentrant sur la situation que la règle entend gouverner), la version anglaise fait quant à elle référence à des sanctions « having extra-territorial application in breach of international law »[37], suggérant qu'il peut exister des sanctions extraterritoriales qui ne sont pas « *in breach of international law* ». L'obligation de non-assistance dans le cadre de la violation d'une norme impérative du droit international général peut constituer un argument permettant de justifier cette extraterritorialité. Cela serait d'ailleurs en cohérence avec des formes d'extraterritorialité plus souples qui ont été développés par l'UE au cours des années précédentes non pas uniquement pour la protection du marché ou des citoyens de l'UE (en matière de concurrence ou de protection des données) mais davantage pour la protection de normes relatives à la protection du droit internationales des droits de l'homme ou à la protection de l'environnement qui sont opposables *erga omnes*[38].

III. L'hypothèse de la confiscation des biens gelés

L'hypothèse de la confiscation des biens gelés pour indemniser les victimes, financer la reconstruction de l'Ukraine ou les mesures prises pour aider les réfugiés a été soulevée dès les premières mesures de gel adoptées, en particulier celles visant les oligarques russes[39]. Elle a pris une autre dimension après l'immobilisation des réserves de change de la Banque centrale de Russie qui représentent une valeur bien supérieure à celle des autres avoirs gelés (300 milliards d'euros contre environ 20 milliards d'euros). La perspective de saisir les avoirs de la Banque centrale de Russie devient ainsi particulièrement attractive compte tenue des conséquences financières démesurées de ce conflit et qui sont déjà supérieures à la valeur de l'ensemble des avoirs gelés ou immobilisés (383 milliards d'euros pour la seule reconstruction de l'Ukraine selon la dernière évaluation de la Banque mondiale de mars 2023)[40].

Il n'est pas question ici de discuter l'ensemble de ces différentes options et les problèmes juridiques qu'elles soulèvent ; cela est déjà fait dans le cadre de deux contributions à ce dossier spécial[41]. Il s'agit davantage d'évoquer dans quelle mesure les initiatives les plus récentes de ce nouvel horizon des sanctions européennes se placent dans une zone grise du droit international.

Pour ce qui concerne les avoirs gelés, notamment ceux des oligarques, l'hypothèse d'un dispositif européen de confiscation extrajudiciaire qui avait été un temps évoqué s'éloigne. Il aurait soulevé de trop nombreux risques

34. « Joint Statement by President Biden and President von der Leyen », 10 mars 2023, ‹https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/statement_23_1613›.
35. Régis Bismuth, « Au-delà de l'extraterritorialité, une compétence économique », in SFDI, *Extraterritorialités et droit international*, Pedone, 2020, p. 113 et s.
36. Conseil de l'Union européenne, Lignes directrices relatives aux sanctions, 5664/18, 4 mai 2018, n° 52.
37. Council of the European Union, Sanctions Guidelines, 5664/18, 4 mai 2018, n° 52.
38. Sur ces aspects, v. Régis Bismuth, « The European Union Experience of Extraterritoriality – When a (Willing) Victim Has Become a (Soft) Perpetrator », in Austeen Parrish, Cedric Ryngaert, *Extraterritoriality and International Law* (Edward Elgar, à paraître 2023). V. aussi, Haut Comité Juridique de la Place Financière de Paris, Rapport sur l'extraterritorialité du droit de l'Union européenne, mai 2022.
39. Régis Bismuth, « Du gel à la confiscation des avoirs des personnes liées au régime russe? », *Blog Le Club des Juristes*, 3 mars 2022, ‹https://www.leclubdesjuristes.com/ukraine/du-gel-a-la-confiscation-des-avoirs-des-personnes-liees-au-regime-russe-par-regis-bismuth-professeur-a-lecole-de-droit-de-sciences-po›.
40. World Bank, Updated Ukraine Recovery and Reconstruction Needs Assessment de dollars, 23 mars 2023, ‹https://www.worldbank.org/en/news/press-release/2023/03/23/updated-ukraine-recovery-and-reconstruction-needs-assessment›.
41. V. la contribution d'Anton Moiseienko (p. 35) et celle de Leanna Burnard et Mira Naseer (p.23). V. aussi, Andrew Dornbierer, *From Sanctions to Confiscation while Upholding the Rule of Law*, Basel Institute on Governance, Working Paper 42, ‹baselgovernance.org/publications/wp-42›.

juridiques en matière de respect des droits fondamentaux[42] et aurait aussi certainement fragilisé les mesures de gel elles-mêmes. En effet, les juridictions européennes ont considéré que les mesures de gel des avoirs ne portent « pas atteinte au "contenu essentiel" du droit de propriété » parce qu'elles « présentent, par nature, un caractère temporaire et réversible »[43]. Adosser un système de confiscation automatique à celui du gel aurait transformé la nature des mesures de gel et les auraient rendues plus vulnérables aux yeux des juridictions de l'UE. Les mesures de confiscation envisagées sont donc celles qui pourraient être prises dans le cadre d'une procédure pénale. Afin de faciliter les confiscations des biens gelés, l'UE entreprend d'adopter une directive permettant d'ajouter la violation des sanctions à la liste des infractions pénales de l'UE[44], nouvelle infraction qui entrerait dans le champ d'application d'une future directive relative au recouvrement et à la confiscation d'avoirs[45].

L'éventuelle confiscation des avoirs de la Banque centrale russe a donné lieu à des débats nourris quant à leur légalité au regard du droit international[46]. De manière simplifiée, l'analyse repose principalement autour de deux questions, étant entendu que l'on évoque ici une confiscation qui viserait la propriété d'un État avec lequel l'État saisissant ne serait pas en conflit et pour laquelle l'État saisissant ne serait pas celui victime des dommages que la compensation viserait à indemniser. La première question est de savoir si une mesure de confiscation des avoirs d'une banque centrale entre dans le champ d'application des règles relatives à l'immunité d'exécution des États, et ce, alors que les règles relatives à cette immunité concernent à première vue les mesures de contrainte réalisées dans le cadre de procédures judiciaires et pas celles prises par l'autorité exécutive. Dans l'affirmative, la deuxième est de savoir si une atteinte à l'immunité d'exécution pourrait constituer une contre-mesure licite au sens du droit de la responsabilité internationale, ce qui soulève certaines difficultés car les contre-mesures sont censées être dans la mesure du possible réversibles afin de pousser l'État responsable à se mettre en conformité avec ses obligations internationales et que les mesures de confiscation sont par nature définitive.

Les réponses à chacune de ces questions sont loin d'être aisées et il ne faut pas aussi négliger les risques d'une mesure aussi invasive que celle d'une confiscation des avoirs russes immobilisés, à savoir s'exposer à des mesures équivalentes en Russie ou faire peser un risque sur l'attractivité des places européennes pour la gestion des avoirs des banques centrales étrangères. La France avait d'ailleurs établi une législation spécifique renforçant davantage l'immunité d'exécution des avoirs des banques centrales étrangères pour préserver la compétitivité de sa place financière[47]. Il n'est dès lors pas surprenant que l'UE avance de manière précautionneuse sur le sujet et un groupe de travail a été établi sous l'impulsion de la présidence suédoise du Conseil de l'UE.

Il semble délicat pour l'UE de s'engager à ce stade dans la voie d'une confiscation totale des avoirs de la Banque centrale de Russie, tant pour des considérations juridiques, politiques et économiques qu'une telle décision impliquerait. Le président du groupe de travail a d'ailleurs déclaré que celui-ci devra être « *a bit innovative in order to move forward* »[48] et qu'il n'est pas exclu que la confiscation ne porte pas directement sur l'ensemble des les avoirs mais seulement sur « *income or interest on the capital* »[49], ce qui permettrait d'ailleurs de garantir la réversibilité de la mesure d'immobilisation.

Les futures initiatives de l'UE en la matière porteront sur des domaines où les cadres du droit international ne sont pas très clairs et laissent place à l'interprétation. Elles présenteront nécessairement des risques propres à toutes les initiatives encore inédites voire à première vue transgressives, mais celles-ci s'avèrent aussi nécessaires à l'évolution du droit, notamment lorsqu'est en jeu la violation d'une norme impérative du droit international général.

Cette dynamique de l'évolution du droit international été mise en évidence dans l'opinion dissidente du juge Yusuf dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État* dans le cadre de laquelle la Cour que l'Italie a manqué à ses obligations internationales par le refus de ses juridictions de reconnaître une immunité souveraine à l'Allemagne dans un contentieux mettant en cause des violations des règles du *jus cogens*[50]. Alors que la pratique consistant à reconnaître la violation d'une règle de *jus cogens* comme nouvelle exception à l'immunité souveraine ne faisait à l'époque pas consensus, le juge Yusuf constata que l'évolution du droit international en la matière ne peut être linéaire et passe nécessairement par des initiatives nationales en premier lieu isolées. Celles-ci peuvent résulter

42. La Suisse y a également renoncé pour les mêmes raisons, v. Conseil fédéral, « Sort des avoirs russes gelés : le Conseil fédéral a clarifié des questions juridiques », 15 février 2023, ‹https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-93089.html›.
43. Trib. UE, T-215/15, *Mykola Yanovych Azarov c/ Conseil*, arrêt du 7 juillet 2017, § 102 (ECLI:EU:T:2017:479).
44. Commission européenne, Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la définition des infractions pénales et des sanctions applicables en cas de violation des mesures restrictives de l'Union, COM(2022) 684, 2 décembre 2022.
45. Commission européenne, Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative au recouvrement et à la confiscation d'avoirs, COM(2022) 245, 25 mai 2022.
46. Outre la contribution d'Anton Moiseienko à ce numéro (p. 35), v. Ingrid (Wuerth) Brunk, « Does Foreign Sovereign Immunity Apply to Sanctions on Central Banks? » *Lawfare Blog*, 7 mars 2022, ‹lawfareblog.com/does-foreign-sovereign-immunity-apply-sanctions-central-banks›; Daniel Franchini, « Seizure of Russian State Assets: State Immunity and Countermeasures », *Articles of War*, 8 mars 2023, ‹https://lieber.westpoint.edu/seizure-russian-state-assets-state-immunity-countermeasure›.
47. Régis Bismuth, « Expanding Immunity from Execution Through the Backdoor: The French Example », in Régis Bismuth *et al.* (eds.), *Sovereign Immunity Under Pressure – Norms, Values and Interests*, Springer, 2022, p. 449 et s.; Régis Bismuth, « L'immunité d'exécution après la loi Sapin 2 », *JDI*, 2018, p. 445 et s.
48. « « Not Easy » to Seize Russia Assets: EU Task Force Head », *Euractiv*, 25 mars 2023, ‹https://www.euractiv.com/section/global-europe/news/not-easy-to-seize-russia-assets-eu-task-force-head/›.
49. *Ibid.*
50. CIJ, *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant))*, arrêt du 3 février 2012, arrêt, *Rec. C.I.J.*, p. 99

des juridictions nationales, mais aussi de la pratique des organes législatifs ou exécutifs. Ainsi souligna-t-il que « certaines règles du droit international peuvent demeurer incertaines et voir leur existence faire l'objet de débats dans la doctrine, jusqu'à ce qu'une juridiction - nationale, dans le cas des immunités de l'État - clarifie leur statut »[51]. Il ajouta que les exceptions et dérogations au droit international des immunités ne se sont pas développées du fait « d'échanges diplomatiques ou par la conclusion de conventions » mais que « leur évolution a le plus souvent résulté d'un très petit nombre de décisions, voire de décisions isolées [...] qui ont peu à peu été généralement acceptées »[52]. Il n'est donc pas exclu que des initiatives isolées puissent constituer un droit international en formation même lorsqu'elles « sont perçues, *prima facie*, comme n'étant pas conformes à ce qui était jusqu'alors considéré comme étant la pratique étatique »[53].

Que cela soit sur la question de l'extraterritorialité de ses sanctions ou celle de la possible mise en œuvre de mesures de confiscation des avoirs russes, ce sont dans les interstices et sur les lignes de crête d'un droit en mouvement que l'UE s'essaie d'une certaine façon à écrire le droit international de demain.

51. Opinion dissidente du Juge Yusuf, § 47.
52. *Ibid.*
53. *Ibid*., § 48.