

JURISPRUDENCE FRANÇAISE RELATIVE AU DROIT INTERNATIONAL (2017)

JULIEN CAZALA* et ALEXIS MARIE**

SOMMAIRE

CHAPITRE PREMIER : LES SOURCES DU DROIT INTERNATIONAL

Section I : Les traités et accords internationaux

1. Ratification
 - a) *Compatibilité des traités avec la Constitution*
 - b) *Traités qui engagent les finances de l'État*
2. Forme des accords internationaux
3. Effet direct, invocabilité directe
4. Contrôle de conventionnalité
 - a) *Aspects procéduraux*
 - i) Inconstitutionnalité / inconstitutionnalité
 - ii) Caractère exceptionnel du contrôle de conventionnalité *in concreto*
 - b) *Aspects substantiels*
 - i) Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
 - ii) Convention de l'Organisation internationale du travail
 - iii) Convention de New York relative aux droits de l'enfant du 26 janvier 1990
 - iv) Convention de Genève de 1951 relative au statut des réfugiés

Section II : La coutume internationale

Section III : Les actes unilatéraux

Section IV : Les traités de l'Union européenne et le droit de l'Union

1. Confusion des peines prononcées dans l'Union européenne
2. Contrôle de constitutionnalité d'un règlement de l'Union européenne
3. Modulation dans le temps des effets de l'annulation d'un acte contraire au droit de l'Union
4. Règlement « Dublin III » et présomption de respect des droits fondamentaux

CHAPITRE II : LES SUJETS DU DROIT INTERNATIONAL

Section I : L'État

1. La compétence territoriale de l'État
2. La compétence personnelle de l'État
 - a) *Double nationalité d'un agent contractuel de l'État*
 - b) *La réserve héréditaire n'est pas d'ordre public international*

(*) Professeur à l'Université Paris XIII (Sorbonne Paris Cité).

(**) Professeur à l'Université Reims Champagne-Ardenne.

Section II : Le régime de l'asile

1. Entrée sur le territoire
2. Inclusion
 - a) *Statut de réfugié*
 - i) Fondement de la protection
 - ii) Motifs de la protection
 - b) *Protection subsidiaire*
 - i) Torture ou peines ou traitements inhumains ou dégradants (Art. L. 712-1, b) du CESEDA)
 - ii) Violence aveugle résultant d'une situation de conflit armé interne ou international (Art. L. 712-1, c) du CESEDA)
3. Exclusion
4. Cessation

CHAPITRE III : LES RELATIONS INTERNATIONALES

Section I : Les immunités des États et des organisations internationales et de leurs agents

1. Immunité des États
 - a) *Aspects procéduraux*
 - i) Identification du défendeur
 - ii) Notification par voie diplomatique
 - b) *Aspects substantiels*
2. Immunité des organisations internationales
 - a) *Immunité de juridiction*
 - b) *Immunité d'exécution*
3. Immunité des agents de l'État

Section II : L'arbitrage international

1. Double nationalité de l'investisseur
2. Restructuration de l'investisseur
3. Exécution d'une sentence arbitrale et soupçons de blanchiment
4. Arbitrage et personne publique

Section III : L'entraide pénale internationale : l'extradition

1. Exigence de double incrimination
2. Bénéfice de la protection subsidiaire et extradition
3. Extradition pour motif politique
4. Application des traités d'extradition dans le temps
5. Durée de la peine
6. Conséquences d'un arrêt de la Cour EDH sur une procédure d'extradition

ABRÉVIATIONS

<i>AJCT</i>	<i>Actualité juridique, Collectivités territoriales</i>
<i>AJDA</i>	<i>Actualité juridique, Droit administratif</i>
<i>AJFP</i>	<i>Actualité juridique, Fonction publique</i>
<i>AJ Fam.</i>	<i>Actualité juridique, Famille</i>
<i>Bull. Civ.</i>	<i>Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, Chambres civiles</i>
<i>Bull. crim.</i>	<i>Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, Chambre criminelle</i>

<i>Cah. Arb.</i>	<i>Cahiers de l'arbitrage – Paris Journal of International Arbitration</i>
Cass., civ.	Cour de cassation, Chambre civile
Cass., com. fin.	Cour de cassation, Chambre commerciale et financière
Cass., crim.	Cour de cassation, Chambre criminelle
Cass., plén.	Cour de cassation, Assemblée plénière
Cass., soc.	Cour de cassation, Chambre sociale
Ch.	Chambre
CA	Cour d'appel
CAA	Cour administrative d'appel
CC	Conseil constitutionnel
CE	Conseil d'État
CE, ass.	Conseil d'État, Assemblée
CNDA	Cour nationale du droit d'asile
CNDA, GF	Cour nationale du droit d'asile, Grande formation
<i>D.</i>	<i>Dalloz</i>
FSC	Formation spéciale de constitutionnalité de la Cour de cassation
<i>Gaz. Pal.</i>	<i>Gazette du Palais</i>
<i>JCP G</i>	<i>Semaine juridique – Édition générale</i>
<i>JCP A</i>	<i>Semaine juridique – Édition administrations et collectivités territoriales</i>
<i>JDI</i>	<i>Journal du droit international (Clunet)</i>
<i>JORF</i>	<i>Journal officiel de la République française</i>
<i>JOUE</i>	<i>Journal officiel de l'Union européenne</i>
<i>LPA</i>	<i>Les petites Affiches</i>
OFPRA	Office Français de Protection des Réfugiés et des Apatrides
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
<i>RCDIP</i>	<i>Revue critique de droit international privé</i>
<i>Rev. Arb.</i>	<i>Revue de l'arbitrage</i>
<i>RGDIP</i>	<i>Revue générale de droit international public</i>
<i>RFDA</i>	<i>Revue française de droit administratif</i>
<i>RSC</i>	<i>Revue de science criminelle</i>
<i>RTDCiv</i>	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
<i>RTDCom</i>	<i>Revue trimestrielle de droit commercial</i>
<i>RTDEur</i>	<i>Revue trimestrielle de droit européen</i>
TA	Tribunal administratif
TC	Tribunal des conflits
TGI	Tribunal de grande instance
Trib. com.	Tribunal de commerce

CHAPITRE PREMIER : LES SOURCES DU DROIT INTERNATIONAL

*Section I : Les traités et accords internationaux**1. Ratification**a) Compatibilité des traités avec la Constitution*

CC, 31 juillet 2017, n° 2017-749 DC

Saisi sur le fondement de l'article 54 de la Constitution, le Conseil constitutionnel a estimé le 31 juillet 2017 que l'autorisation de ratifier l'accord économique et commercial global entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part, (AECG/CETA) ne nécessitait pas une révision préalable de la Constitution (CC, 31 juillet 2017, n° 2017-749 DC ; *AJDA*, 2017, p. 2008 ; BONNET, « Le Conseil constitutionnel et le CETA », *AJDA*, 2017, p. 2008 ; note ROUX, *D.*, 2017, p. 2378). Cet accord du 30 octobre 2016 est un accord mixte et doit, en tant que tel, être ratifié par l'Union européenne et par chacun des États membres selon leurs exigences nationales propres. D'après les auteurs de la saisine l'accord introduit des règles contraignantes pour l'élaboration des normes de droit interne dans une mesure qui affecte les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale. Ils contestent par ailleurs la constitutionnalité des stipulations de la section F du chapitre 8 de l'accord relative à la compétence des tribunaux arbitraux en matière d'investissement et font valoir que l'accord méconnaît le principe de précaution énoncé à l'article 5 de la Charte de l'environnement. Ils estiment enfin que les stipulations relatives à l'application provisoire de l'accord et à sa dénonciation sont contraires à la Constitution. Outre les réponses de fond apportées à chacun de ces points, la décision est avant tout intéressante d'un point de vue méthodologique. Le Conseil constitutionnel est saisi d'un accord portant sur des matières relevant à la fois des compétences exclusives de l'Union européenne et de celles qu'elle partage avec ses États membres. Ainsi, plutôt que de se saisir de l'occasion pour opérer un contrôle uniforme de l'ensemble du texte, le Conseil aménage son contrôle selon que les stipulations litigieuses portent sur l'une ou l'autre de ces catégories. Il est à ce titre remarquable que, pour opérer cette distinction, il fasse expressément référence à l'avis du 16 mai 2017 de la Cour de justice de l'Union européenne – mentionné dans les visas – relatif à la nature d'un accord de libre-échange assez semblable conclu avec Singapour. S'agissant des stipulations qui ont trait à une compétence exclusive de l'Union, le Conseil estime ainsi qu'il lui revient seulement

« [...] de veiller à ce qu'elles ne mettent pas en cause une règle ou un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France. En l'absence d'une telle mise en cause, il n'appartient qu'au juge de l'Union européenne de contrôler la compatibilité de l'accord avec le droit de l'Union européenne ».

On reconnaît ici l'interprétation de l'article 88-1 et le mécanisme de contrôle de constitutionnalité des actes de loi de transposition des directives qui ne laissent au législateur aucune marge d'appréciation. Peu importe en effet qu'il s'agisse d'un acte de droit dérivé ou d'un accord extérieur de l'Union : la question est en définitive celle de la non-imputabilité de l'acte à la France, et donc de l'incompétence du Conseil constitutionnel pour apprécier la constitutionnalité de l'acte en cause. Si, à propos du contrôle de constitutionnalité des lois de transposition, la solution pouvait assez légitimement encourir des critiques (la loi « reflet » d'une directive n'en est pas moins une norme imputable aux autorités internes), ces dernières ne

sont toutefois pas valables s'agissant de la constitutionnalité de stipulations d'un accord mixte qui relèvent matériellement de la seule compétence de l'Union, toute difficulté d'opérer la distinction mise à part. Qui plus est, s'agissant de la réserve de compétence du Conseil constitutionnel, comme le souligne B. Bonnet dans son commentaire précité, « cette notion de 'règles et principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France' qui se résume, à l'heure actuelle, aux principes de laïcité [...] est parfaitement inadaptée à des domaines dans lesquels l'Union européenne dispose de compétences exclusives, particulièrement ceux relevant des échanges commerciaux ». Le Conseil constitutionnel affirme d'ailleurs sans aucune motivation ou explication que les stipulations qui portent sur des compétences exclusives de l'Union « ne mettent en cause aucune règle ou principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France » (cons. 73). Quel que soit le contenu de cette réserve, on comprend cela dit qu'elle ait été transposée ici au regard des contestations politiques et sociales suscitées par la conclusion de ce type d'accord.

S'agissant des stipulations portant sur des compétences partagées, le caractère mixte de l'accord n'est plus pertinent : peu importe ici que la Constitution autorise la France à participer « au développement d'une organisation européenne permanente, dotée de la personnalité juridique et investie de pouvoirs de décision par l'effet de transferts de compétences consentis par les États membres » (cons. 10). Le Conseil estime en effet qu'il lui revient « de déterminer si ces stipulations contiennent une clause contraire à la Constitution, remettent en cause les droits et libertés constitutionnellement garantis ou portent atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale ». Sans qu'il soit possible dans le cadre de cette chronique de revenir sur l'ensemble des moyens invoqués, on peut souligner rapidement que le Conseil constitutionnel s'est arrêté sur la composition et le pouvoir confié aux tribunaux arbitraux ainsi que sur le champ d'application du mécanisme de règlement des différends investisseur-État pour considérer que le chapitre 8 de l'accord ne méconnaît pas les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale. Il a aussi conclu que les règles régissant la procédure de règlement des différends sont compatibles avec les principes d'indépendance et d'impartialité. Par ailleurs, la différence de traitement entre les investisseurs canadiens et les autres investisseurs étrangers répond, selon le Conseil constitutionnel, à un double motif d'intérêt général : la création d'un cadre protecteur pour les investisseurs français sur le territoire canadien et attirer les investisseurs canadiens en France. Il n'y a donc pas de violation du principe d'égalité. À l'argument selon lequel les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale empêcheraient de ratifier cet accord qui comporte des règles contraignantes pour l'élaboration des normes de droit interne et qui, entre autres, associe le Canada à leur édicition, le Conseil constitutionnel répond en soulignant que l'accord rappelle « la capacité des parties à légiférer et à réglementer », que la coopération en matière de réglementation se fait sur une base volontaire et que lorsque l'Union est impliquée, la prise de décision se fait à l'unanimité. Notons que dans ces développements le Conseil constitutionnel souligne qu'une fois l'accord ratifié « il appartiendra aux divers organes de l'État de veiller à l'application de cet accord dans le cadre de leurs compétences respectives ». Il continue en insistant sur le fait qu'ainsi, « l'ordre juridique interne défini par la Constitution impose au législateur de respecter les stipulations des traités et accords internationaux régulièrement ratifiés ou approuvés » (cons. 44.). Le paragraphe semble être rédigé *obiter* si bien qu'un auteur se demande si cette dernière phrase, du fait de sa généralité, revient à affirmer qu'une loi contraire à un traité serait, de ce fait, contraire à la constitution (ROUX, note précité.). Quant au principe de précaution, le Conseil constitutionnel considère qu'il est suffisamment pris en compte par les termes de l'accord pour garantir le respect de l'article 5 de la Charte de l'environnement. La saisine parlementaire faisait enfin valoir des doutes

quant à la possibilité pour les États membres de mettre fin à l'application provisoire de l'accord et de le dénoncer. Il y aurait ainsi une atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale. Quant au premier point, le Conseil estime, d'une part, qu'aucune stipulation portant sur une compétence partagée ou appartenant aux seuls États membres n'est concernée par l'application provisoire résultant de l'article 30.7, 3 du CETA et que, d'autre part, la déclaration n° 20 du Conseil du 14 janvier 2017 qui prévoit l'obligation de dénonciation de l'application provisoire en cas d'échec définitif du processus de ratification par un État membre suffit à satisfaire les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale. Quant à la question de savoir si la France serait irrévocablement liée par l'accord, le Conseil constitutionnel rappelle que lesdites conditions ne s'opposent à une adhésion irrévocable que lorsqu'une convention porte sur un domaine inhérent à la souveraineté nationale – ce qui n'est pas le cas en l'espèce – et que l'article 30.9 de l'accord prévoit la possibilité d'une dénonciation unilatérale par les Parties (comp. avec CC, 13 octobre 2005, *Engagements internationaux relatifs à l'abolition de la peine de mort*, n° 2005-524/525 DC). En définitive, aucune des stipulations litigieuses, ou l'accord dans son ensemble, ne contient de clause contraire à la Constitution. La France peut donc procéder à sa ratification sans que cela requière de modifier la Constitution. L'entrée en vigueur de cet accord controversé n'est toutefois pas encore acquise. Bien que certaines de ses stipulations le soient déjà provisoirement depuis septembre 2017 conformément à l'article 30.7 précité et que sa ratification ait été autorisée par le Parlement européen, seulement cinq Parlements nationaux l'ont autorisée et, au printemps 2018, les parlementaires français restent fortement divisés.

b) *Traités qui engagent les finances de l'État*

CE, 12 juillet 2017, n° 395313

Longtemps l'article 53 de la Constitution, qui subordonne la ratification de certains traités à une autorisation parlementaire, a fait figure de grand absent du contentieux administratif. On sait qu'avec l'arrêt *Commune de Blotzheim*, le Conseil d'État a enfin accepté d'exercer un contrôle de la régularité de la ratification conformément à cette disposition constitutionnelle (CE, ass., 18 décembre 1998, *SARL du parc d'activités de la commune de Blotzheim*, n° 181249 ; cette chronique, cet *Annuaire*, 1999, p. 807). Le Conseil d'État apporte des précisions progressives sur l'identification des accords relevant de l'article 53. Par un arrêt du 12 juillet 2017, la Haute juridiction administrative précise la notion de traité engageant les finances de l'État (CE, 12 juillet 2017, n° 395313 ; note GOESEL-LE BIHAN, *AJDA*, 2017, p. 2202 ; *JCP A*, n° 29, 24 juillet 2017, act. 512 ; obs. PASTOR, *AJDA*, 2017, p. 1484 ; *Gaz. Pal.*, 25 juillet 2017, n° 28, p. 36).

Le 26 octobre 2013, les autorités françaises et italiennes ont conclu un accord relatif au transfert transfrontalier des déchets issus des travaux de construction du tunnel de Tende (modifié par un échange de notes verbales signées à Paris les 13 mars et 10 avril 2015). Selon le requérant, cet accord relèverait de l'article 53 à triple titre ; il modifierait des dispositions de nature législative, emporterait cession de territoire et engagerait les finances de l'État. L'arrêt de la Haute juridiction s'inscrivant sur les deux premiers points dans le prolongement d'une jurisprudence bien établie, c'est sur la dernière catégorie de traité que l'arrêt mérite d'être signalé.

Le Conseil affirme qu'au sens de l'article 53, les traités qui « engagent les finances de l'État » :

« sont ceux qui créent une charge financière certaine et directe pour l'État ; que, toutefois, lorsque les charges financières impliquées par un accord n'excèdent pas,

compte tenu de leur nature et de leur montant limité, les dépenses de fonctionnement courant incombant normalement à l'administration, elles ne peuvent pas être regardées comme 'engageant les finances de l'État', au sens de l'article 53 de la Constitution ».

Trois critères sont ainsi avancés : la charge doit être directe, certaine et spéciale. La mise à l'écart de la charge financière indirecte est justifiée par le fait que la violation de tout accord international par l'État pourrait faire naître une obligation de réparation susceptible d'être exprimée en termes financiers. Une telle charge financière serait évidemment trop peu sélective pour qu'on la considère intégrée dans la disposition constitutionnelle visant à préserver la compétence budgétaire du Parlement. Le critère de certitude, auquel peut également renvoyer l'observation précédente, est apprécié avec une certaine souplesse par le Conseil d'État. Ainsi, les accords indiquant que les dépenses seront effectuées dans les limites des disponibilités budgétaires (ex : *Accord de coopération technique en matière de sécurité publique entre le gouvernement des États-Unis mexicains et le gouvernement de la République française*, Mexico, 12 novembre 1998, art. 2, Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 2132, 2001, n° 37199) sont appréhendés par le Conseil d'État comme engageant des dépenses certaines (CE, Ass., avis, 22 mars 2011, n° 385018). Quant au critère de spécificité, le Conseil d'État exclut évidemment du champ de l'article 53 les traités dont le coût pour les finances de l'État n'excède pas les dépenses de fonctionnement courant. Au regard de ces critères difficilement contestables, le Conseil d'État estime que l'accord franco-italien ne crée aucune charge financière certaine ou directe pour l'État et ne relève donc pas de l'article 53 de la Constitution.

2. *Forme des accords internationaux*

Cass., civ. 2, 6 juillet 2017, n° 16-17.958

Aux termes de l'article 18, alinéa 2, de l'accord conclu entre la France et l'organisation internationale ITER pour l'énergie de fusion relatif au siège de l'Organisation et aux privilèges et immunités de l'Organisation sur le territoire français signé le 7 novembre 2007, « les membres du personnel directement employé par l'organisation ITER et les membres de leur famille ne bénéficient pas des prestations prévues par la législation et la réglementation françaises de sécurité sociale à moins qu'un accord complémentaire ait été conclu à cet effet » (nous soulignons). Il s'agit là de la contrepartie de l'alinéa 1^{er} de la même stipulation qui prévoit que les mêmes individus « sont exempts de l'ensemble des cotisations obligatoires du régime de sécurité sociale français uniquement en ce qui concerne leur revenu issu de leur activité auprès de l'Organisation ITER ». Une employée de cette organisation conteste le refus de sa demande de versement de prestations familiales en se fondant sur le fait que son époux, gérant d'une société, cotise au régime français des sociétés. Elle critique notamment le fait que la Cour d'appel n'ait pas cherché à apprécier si l'échange de courriers entre le directeur de la sécurité sociale et le directeur général de l'organisation pouvait caractériser un accord au sens de l'article 18, alinéa 2 précité. Aux termes de cet échange, ceux-ci s'accordaient sur l'interprétation selon laquelle l'article 18 ne vise que les conjoints sans activité des personnels de l'organisation. Selon la Cour de cassation, « la cour d'appel, qui n'avait pas à procéder à des recherches inopérantes, a exactement déduit que Mme X. relevait du régime spécifique de protection sociale de l'Organisation ITER, de sorte qu'elle ne pouvait prétendre au bénéfice des prestations familiales prévues par la législation et la réglementation françaises » (Cass., civ. 2, 6 juillet 2017, n° 16-17.958). La nature de cet échange de lettres (contrat soumis au droit interne, arrangement administratif ou accord international) reste donc inconnue. Au regard des règles d'imputabilité du droit international, il n'aurait toutefois

pas été totalement incongru que les autorités précitées puissent être reconnues comme étant aptes à engager l'État et l'organisation dans le domaine précis du bénéfice des prestations sociales. Quoi qu'il en soit, on s'étonnera que ni l'arrêt, ni les parties, ne fassent référence à l'accord de sécurité sociale conclu sous forme d'échange de lettres entre le Gouvernement français et le directeur général de l'Organisation internationale ITER des 7 septembre 2011 et 20 septembre 2011, publié au journal officiel par le décret n° 2013-1040 du 20 novembre 2013. D'une part, son article 1^{er} prévoit que seuls les membres du personnel de l'organisation ITER sont exemptés de l'application de la législation française de sécurité sociale. D'autre part et surtout, son article 5 aurait pu éclairer la nature et l'importance de l'échange de lettres invoqué par la requérante et jugé inopérant. Il se lit en effet ainsi : « Les modalités d'application du présent Accord sont arrêtées, en tant que besoin par arrangement administratif, entre les autorités françaises compétentes et l'Organisation ITER, lesquelles régleront, d'un commun accord les difficultés pouvant survenir lors de la mise en œuvre du présent Accord ».

3. *Effet direct, invocabilité directe*

Cass., crim., 19 avril 2017, n° 16-82.111

Après une opération de lutte contre les déballastages en mer, organisée en 2009 conjointement par la France, l'Italie et l'Espagne, en liaison avec le Centre régional méditerranéen pour l'intervention d'urgence contre la pollution marine accidentelle, en application de la convention de Barcelone pour la protection de l'environnement marin et des régions côtières de la Méditerranée du 16 février 1976, le capitaine d'un navire battant pavillon tunisien et la Compagnie tunisienne de navigation (propriétaire et armateur du navire) ont été poursuivis pour rejet illicite d'hydrocarbures en mer devant les juridictions françaises et reconnus coupables en première instance et en appel. Il est constant que les faits litigieux se sont déroulés dans la zone de protection écologique française créée par la loi n° 2003-346 du 15 avril 2003 (à laquelle le décret n° 2012-1148 du 12 octobre 2012 substituera discrètement une zone économique exclusive) afin de mettre en œuvre la partie XII relative à la protection et préservation du milieu marin de la convention de Montego Bay et notamment l'article 220 qui reconnaît la compétence de l'État côtier pour poursuivre les navires battant pavillon étranger. Les articles 228 et 231 prévoient toutefois des garanties au bénéfice de l'État du pavillon. L'article 228 stipule que les poursuites que celui-ci engagerait dans les six mois suivant la première action suspendent celles effectuées par l'État côtier et, pour mettre en œuvre ce mécanisme, l'article 231 crée à la charge de cet État une obligation de notifier à l'État du pavillon toutes les mesures prises à l'encontre de ses navires. C'est précisément la violation de ces articles que les requérants invoquent comme premier moyen de cassation en ce qu'elle entraînerait la nullité de l'ensemble de la procédure, l'incompétence des juridictions françaises et, subsidiairement, l'irrecevabilité de l'action. La Chambre criminelle écarte toutefois le moyen. Elle estime que l'article 228 ne peut être invoqué par une personne privée dans la mesure où il est dépourvu d'effet direct :

« Attendu que pour rejeter l'exception de nullité de la procédure prise du non-respect des garanties procédurales octroyées par l'article 228 de la convention des Nations Unies sur le droit de la mer, l'arrêt énonce que cette convention a pour seul objet d'aménager les relations diplomatiques entre les États signataires mais ne constitue pas une garantie procédurale dont le bénéfice pourrait être invoqué devant les juridictions répressives par les personnes poursuivies ; Attendu qu'en se déterminant ainsi, la cour d'appel, qui a fait l'exacte application de l'article 228 précité, lequel ne

saurait permettre à une partie au procès de se substituer à l'État du pavillon pour revendiquer l'exercice des droits reconnus à ce dernier par une norme internationale dépourvue d'effet direct, a, par ces seuls motifs, justifié sa décision ».

Il n'appartenait donc pas aux requérants de la faire valoir ni, par conséquent, de contester la compétence des juridictions françaises. Il reste intéressant de souligner que les juges du fond, d'une part, se satisfont de preuves indirectes de la notification prévue à l'article 231 de la convention de Montego Bay (bordereau d'envoi à l'ambassade de France à Tunis pour transmission par voie diplomatique aux autorités judiciaires tunisiennes dont « rien ne permet d'affirmer que cette demande n'a pas suivi son cours ») et qu'ils retiennent, d'autre part et en toute hypothèse, la connaissance que la Tunisie aurait eue des poursuites françaises en dehors de la notification diplomatique française prévue par la convention. Cette conjonction de preuves de la connaissance non officielle par la Tunisie de la prétention française à l'égard d'un navire battant son pavillon, alors même qu'une notification est conventionnellement prévue, est en adéquation avec le droit international (sur cet aspect, voir A. MARIE, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, Paris, Pedone, 2018, pp. 479-488). Le fait de ne pas accomplir une obligation de notification semble en effet être indifférent lorsqu'elle est imposée au nom de la protection des droits de l'État destinataire (ici la compétence de l'État du pavillon) et non au titre de la validité de la prétention devant être communiquée (ici l'exercice par la France de ses pouvoirs sur un navire étranger). En définitive, que la notification imposée par l'article 231 de la convention de Montego Bay ait été effectuée ou non par la France importe peu, seule compte la connaissance réelle ou effective par la Tunisie des poursuites françaises (établie en l'espèce par les démarches du gouvernement tunisien entreprises auprès des accusés).

Cass., com., 21 juin 2017, n° 15-18.175

Les sociétés Toshiba Europe et Toshiba France demandaient le remboursement des droits de douane acquittés pour l'importation d'imprimantes multifonctions, entre 2007 et 2010, en invoquant que ces machines auraient dû relever d'une position tarifaire exemptée de droits et que, quelle que soit cette dernière, les appareils ne devaient pas être soumis à des droits de douane conformément à l'accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994 (GATT), à l'accord sur les technologies de l'information de 1996 (ATI) et au règlement CEE 2658/87 du Conseil tel que modifié par le règlement de la Commission 620/2011 du 24 juin 2011 à la suite d'un rapport de l'Organe de règlement des différends adopté le 21 septembre 2010 recommandant à l'Union de se mettre en conformité avec l'ATI avant le 30 juin 2011. En l'espèce les sociétés requérantes ne prétendaient pas que les stipulations de l'accord ATI fussent d'effet direct mais que la primauté des accords internationaux impose d'interpréter le droit de l'Union à leur lumière (invocabilité d'interprétation). La Cour de cassation refusera toutefois cette conséquence la moins offensive de la primauté des conventions internationales. Elle valide en effet le raisonnement de la Cour d'appel selon lequel ledit règlement ne saurait être appliqué de manière rétroactive dans la mesure où, d'après la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, « la légalité des actes de l'Union ne saurait être contrôlée au regard des règles de l'OMC pour la période antérieure à la date d'expiration du délai accordé à l'Union pour se conformer à ces règles ». Elle souligne par ailleurs que le règlement du 24 juin 2011 prévoit lui-même qu'il n'a pas d'effet rétroactif. Son article 2 précise en effet qu'il « n'a pas d'effet rétroactif et ne fournit aucune orientation interprétative sur une base rétroactive ».

4. Contrôle de conventionnalité

a) Aspects contentieux

i) Inconstitutionnalité / inconvencionnalité

Cass., crim., 20 avril 2017, n° 15-86.227

L'affaire tranchée par la Cour de cassation le 20 avril 2017 illustre la question de l'articulation entre inconstitutionnalité et inconvencionnalité (*Cass., crim., 20 avril 2017, n° 15-86.227* ; obs. PELLÉ, *AJ pénal*, 2017, p. 343 ; obs. BOULOC, *RTDCom*, 2017, p. 461 ; obs. ROBERT, *Dr. pénal*, 2017 ; note DETRAZ, *RSC*, 2017, p. 567). À la suite d'une visite du service des douanes, à bord d'un navire en septembre 2013, les propriétaires de celui-ci se voient infliger une contravention douanière. Or, le Conseil constitutionnel annule en novembre 2013 les articles 62 et 63 du code des douanes sur le fondement desquels la visite avait été organisée (CC, 29 novembre 2013, n° 2013-357 QPC). Le Conseil constitutionnel précisa que l'annulation ne saurait remettre en cause les « mesures prises avant cette date en application des dispositions déclarées contraires à la Constitution ». Mais la Cour de cassation (comme la Cour d'appel) considère que la visite doit être annulée du fait de l'inconvencionnalité des dispositions législatives sur lesquelles elle est fondée. Il est constant dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme que les personnes soumises à des visites dans des lieux assimilés au domicile doivent bénéficier d'un droit de recours effectif contre la visite (CEDH, 21 février 2008, *Ravon et autres c. France*, n° 18497/03). Or, l'article 63 du code des douanes ne prévoyait aucun recours. La Cour de cassation précise que « le consentement des intéressés aux opérations de visite est sans incidence sur une nullité dont la cause réside dans l'absence de recours contre le déroulement desdites opérations ». Dans une décision que l'on aurait bien du mal à contester, la Cour confirme ainsi qu'une loi, abrogée par le Conseil constitutionnel avec effet différé de l'abrogation, pouvait être déclarée inconvencionnelle, neutralisant ainsi l'éventuel effet reporté d'une décision du Conseil constitutionnel (*Cass., plén., 15 avril 2011, n° 10-17.049*).

ii) Caractère exceptionnel du contrôle de conventionnalité *in concreto*

CE, 22 décembre 2017, n° 396571

La décision par laquelle le Conseil d'État avait, sur le modèle de ce que fait la Cour européenne des droits de l'homme, articulé des contrôles de conventionnalité *in abstracto* et *in concreto* avait été abondamment commentée (CE, ass., ord., 31 mai 2016, *Mme Gonzalez Gomez*, n° 396848 ; cette chronique, cet *Annuaire*, 2016, p. 732). Dans un arrêt du 22 décembre 2017, le Conseil d'État souligne le caractère exceptionnel de ce type d'articulation (CE, 22 décembre 2017, n° 396571 ; obs. ROUSSEL, NICOLAS, *AJDA*, 2018, p. 497). Dans cette espèce, le demandeur contestait devant le Conseil d'État le rejet du recours qu'il avait formé contre le refus de lui communiquer les documents relatifs au donneur de gamètes à l'origine de sa conception. Saisie pour avis, la Haute juridiction avait considéré en 2013 que le maintien de l'anonymat du don de gamète n'était pas *in abstracto* incompatible avec l'article 8 de la CEDH (CE, avis, 13 juin 2013, n° 362981). Le requérant pouvait espérer que le Conseil d'État écarte cette solution en développant un contrôle *in concreto* comme il le fit dans l'arrêt *Mme Gonzalez Gomez* susmentionné.

Le Conseil d'État rejettera cette prétention, non sans expliquer pourquoi, dans les circonstances de l'espèce, le contrôle *in concreto* ne serait pas exercé. Il affirme qu'au

« regard de [la finalité éthique], qui traduit la conception française du respect du corps humain, aucune circonstance particulière propre à la situation d'un demandeur ne saurait conduire à regarder la mise en œuvre des dispositions législatives relatives à l'anonymat du don de gamètes, qui ne pouvait conduire qu'au rejet des demandes en litige, comme portant une atteinte excessive aux droits et libertés protégés par la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ».

Ainsi que le relèvent Mmes Roussel et Nicolas, « [l]a solution ainsi retenue tend inévitablement à circonscrire la solution Mme [Gonzalez Gomez] à des hypothèses très particulières, celles d'un interstice entre les situations que le législateur a entendu régir en édictant une interdiction et la situation en litige, de sorte que cette interdiction ne peut être appliquée à une situation qui n'en relève en réalité pas » (*op. cit.*, p. 500).

b) *Aspects substantiels*

i) *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*

CE, formation spécialisée, 8 février 2017, n° 396567

CE, formation spécialisée, 8 février 2017, n° 396550

La « loi Renseignement » du 24 juillet 2015 a créé au sein du Conseil d'État une formation spécialisée pour traiter du contentieux de l'accès indirect aux fichiers des services de renseignement. Lorsqu'une personne suspecte que son nom figure dans un fichier figurant à l'article R. 841-2 du code de la sécurité intérieure, la formation spécialisée du Conseil d'État peut examiner des documents transmis par l'administration sans les verser au débat contradictoire. On comprend aisément que se pose la question de la compatibilité d'un tel régime avec les engagements internationaux de la France. Saisi de deux recours portant sur l'article 6 CEDH pour l'un et l'article 13 CEDH pour l'autre, le Conseil d'État a conclu à la compatibilité des dispositions relatives à ce contentieux avec les deux dispositions (CE, 8 février 2017, n° 396567 et CE, 8 février 2017, n° 396550 ; obs. DE MONTECLER, *AJDA*, 2017, p. 321 ; note SEILLER, *Gaz. Pal.*, 2017, n° 22, p. 23 ; note GUYOMAR, *Gaz. Pal.*, 2017, n° 19, p. 33 ; comm. DEYGAS, *Procédures*, 2017, p. 34). Il affirme que :

« [l]a dérogation apportée, par les dispositions [contestées] au caractère contradictoire de la procédure juridictionnelle, qui a pour seul objet de porter à la connaissance des juges des éléments couverts par le secret de la défense nationale et qui ne peuvent, dès lors, être communiqués au requérant, permet en effet à la formation spécialisée de statuer en toute connaissance de cause. Les pouvoirs dont elle est investie, pour instruire les requêtes, relever d'office toutes les illégalités qu'elle constate et enjoindre à l'administration de prendre toutes mesures utiles afin de remédier aux illégalités constatées, garantissent l'effectivité du contrôle juridictionnel de l'exercice du droit d'accès indirect aux données personnelles figurant dans des traitements intéressant la sûreté de l'État ».

CE, 19 juillet 2017, n° 405897

Voir aussi *CE, 9 nov. 2017, n° 409782*, non rapporté

À l'occasion du recours contre un décret rapportant un décret de naturalisation, le Conseil d'État estime qu'acte étant « dépourvu d'effet sur la présence sur le territoire français de celui qu'il vise, comme sur ses liens avec les membres de sa famille », l'acte n'affecte pas l'article 8 de la Convention EDH dans son aspect

« droit au respect de la vie familiale » (CE, 19 juillet 2017, n° 405897 ; BOSKOVIC, CORNELOUP, JAULT-SESEKE, JOUBERT, PARROT, « Droit des étrangers et de la nationalité », *D.*, 2018, p. 313). Il admet en revanche « qu'un tel décret affecte un élément constitutif de l'identité de la personne concernée et est ainsi susceptible de porter atteinte au droit au respect de sa vie privée ». On peut aussi rapidement noter que le Conseil d'État vise l'arrêt *Janko Rottmann* (CJUE, 2 mars 2010, *Janko Rottman c. Freistaat Bayern*, aff. C-135/08) et qu'il en reprend la logique en estimant que l'article 27-2 du code civil qui prévoit la possibilité et les modalités de rapports des décrets de naturalisation est compatible avec le droit de l'Union européenne :

« Considérant, d'autre part, que la définition des conditions d'acquisition et de perte de la nationalité relève de la compétence de chaque État membre de l'Union européenne ; que, toutefois, dans la mesure où la perte de la nationalité d'un État membre a pour conséquence la perte du statut de citoyen de l'Union, la perte de la nationalité d'un État membre doit, pour être conforme au droit de l'Union, répondre à des motifs d'intérêt général et être proportionnée à la gravité des faits qui la fondent, au délai écoulé depuis l'acquisition de la nationalité et à la possibilité pour l'intéressé de recouvrer une autre nationalité ».

ii) Conventions de l'Organisation Internationale du Travail

CE, 28 juillet 2017, n° 394732

Plusieurs syndicats de travailleurs demandaient l'annulation des mesures réglementaires mettant en œuvre la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour l'activité et l'égalité des chances économiques relatives aux exceptions au repos dominical dans les commerces de détail situés dans certaines zones géographiques (CE, 28 juillet 2017, n° 394732). La loi modifie le code du travail en permettant aux entreprises d'ouvrir leurs commerces le dimanche dans des « zones commerciales », des « zones touristiques » et les « zones touristiques internationales » devant être établies par décret. Les syndicats mettaient en premier lieu en cause la légalité externe du décret litigieux en ce qu'il aurait été adopté en méconnaissance des stipulations du paragraphe 4 de l'article 7 de la convention internationale du travail n° 106 concernant le repos hebdomadaire dans le commerce et les bureaux qui prévoit que les mesures relatives à des régimes spéciaux de repos hebdomadaire doivent être prises « en consultation avec les organisations représentatives des employeurs et des travailleurs intéressés, s'il en existe ». Le Conseil estime que le fait que le décret ait été soumis pour avis à la Commission nationale de la négociation collective suffit à satisfaire ces exigences conventionnelles « qui ne précisent pas la nature et les formes des consultations qu'elles prévoient ». On peut noter que l'invocabilité de cette stipulation n'étant pas remise en cause, les « organisations représentatives des employeurs et des travailleurs intéressés » semblent bénéficier d'un droit à être consultées. S'agissant de la légalité interne, les syndicats excipaient de l'inconventionnalité de la loi mise en œuvre par le décret attaqué. Ils invoquaient à ce titre les articles 6 et 7, § 1 de la convention précitée. Le premier prévoit le droit pour chaque travailleur à un jour de repos hebdomadaire qui doit être accordé en même temps à toutes les personnes intéressées d'un même établissement et, autant que possible, « le jour de la semaine reconnu comme jour de repos par la tradition ou les usages du pays ou de la région ». Le second prévoit quant à lui la possibilité de mettre en place des régimes spéciaux « compte tenu de toute considération sociale et économique pertinente », « si la nature du travail accompli ou du service fourni, l'importance de la population à desservir ou le nombre des personnes employées » le justifient. Le Conseil d'État estime que les zones retenues par le législateur reposent bien sur des « considérations sociales et économiques pertinentes » en ce

que, pour résumer, le législateur a entendu répondre aux besoins d'une clientèle touristique importante. La loi est donc bien compatible avec la convention de l'OIT n° 106. Le décret attaqué sera toutefois partiellement annulé dans la mesure où les critères d'identification des « zones commerciales » sont bien trop larges pour pouvoir être justifiés par « des considérations sociales ou économiques pertinentes » au sens de l'article 7, § 1 de cette convention. En somme, « 61 unités urbaines, rassemblant près de trente millions d'habitants » étaient en effet concernées.

iii) Convention de New York relative aux droits de l'enfant du 26 janvier 1990

CE, 28 juillet 2017, n° 395911

Dans un arrêt du 28 juillet 2017, le Conseil d'État souligne, sur le fondement de l'article 3, § 1 de la convention relative aux droits de l'enfant, que « lorsqu'il est saisi d'une demande d'expulsion d'occupants sans droit ni titre d'une dépendance du domaine public, il appartient au juge administratif, lorsque l'exécution de cette demande est susceptible de concerner des enfants, de prendre en compte l'intérêt supérieur de ceux-ci pour déterminer, au vu des circonstances de l'espèce, le délai qu'il impartit aux occupants afin de quitter les lieux ». Il détaille par la suite, dans un long considérant, les éléments qui doivent être pris en compte pour déterminer ledit délai. En l'espèce, statuant au fond, le Conseil estime que l'occupation avait pour effet de retarder le projet de création d'un lieu d'hébergement d'urgence et que les occupants ont refusé les propositions formulées par les services de l'État. Dès lors le délai d'un mois impartit par le tribunal administratif pour libérer les lieux ne méconnaissait pas les stipulations précitées.

iv) Convention de Genève de 1951 relative au statut de réfugié

CE, 4 décembre 2017, Al Mohammad c. Ministère de l'intérieur, n° 406700

Les contentieux liés aux stipulations de la convention de 1951 autres que ses articles 1^{er} et 33 sont suffisamment rares pour être notés même si les faits donnant lieu à l'arrêt du Conseil d'État du 4 décembre 2017 sont relativement anodins (CE, 4 décembre 2017, *Al Mohammad c. Ministère de l'Intérieur*, n° 406700). Un ressortissant syrien, reconnu réfugié le 30 novembre 2015, demandait l'échange de son permis de conduire contre un permis français. Même s'ils prévoient des procédures dérogatoires pour les réfugiés, l'article R. 223-3 du code de la route et les articles 5 et 11 de l'arrêté du 12 janvier 2012 ne lui permettaient pas d'obtenir cet échange pour des raisons de délais. Or, l'article 25 de la convention de Genève stipule :

« 1. Lorsque l'exercice d'un droit par un réfugié nécessiterait normalement le concours d'autorités étrangères auxquelles il ne peut recourir, les États contractants sur le territoire desquels il réside veilleront à ce que ce concours lui soit fourni, soit par leurs propres autorités, soit par une autorité internationale ; 2. La ou les autorités visées au paragraphe 1^{er} délivreront ou feront délivrer sous leur contrôle, aux réfugiés, les documents ou les certificats qui normalement seraient délivrés à un étranger par ses autorités nationales ou par leur intermédiaire ; 3. Les documents ou certificats ainsi délivrés remplaceront les actes officiels délivrés à des étrangers par leurs autorités nationales ou par leur intermédiaire, et feront foi jusqu'à preuve du contraire ».

Le Conseil d'État écarte ainsi les dispositions réglementaires françaises au profit de l'article précité en soulignant qu'« eu égard aux stipulations de l'article 25 de la convention de Genève [...] et quels que soient les termes des articles 5 et 11 de l'arrêté du 12 janvier 2012 [...], les autorités françaises ne sauraient légalement refuser d'échanger contre un permis français le permis de conduire étranger

présenté par un réfugié au motif que ce titre n'est pas en cours de validité, si l'intéressé s'est trouvé empêché d'en obtenir le renouvellement par le risque de persécutions auquel il est exposé dans son pays ».

v) Conventions bilatérales contre la double imposition

CE, 7 juin 2017, Ministre des finances et des comptes publics, n° 386579

Voir aussi, CE, 20 septembre 2017, Mecatronic c. Ministère de l'action et des comptes publics, n° 392231

Sur le fondement de sept conventions bilatérales contre la double imposition, la société LVMH entendait majorer ses déficits en imputant à son passif les contributions versées en Corée, Italie, Mexique, États-Unis, Japon, Nouvelle-Zélande et Chine. Cette possibilité est refusée s'agissant des contributions dont elle s'est acquittée envers les cinq premiers États mais est autorisée pour celles versées aux deux derniers (CE, 7 juin 2017, *Ministre des finances et des comptes publics*, n° 386579, chron. SANTULLI, *RFDA*, 2017, p. 1003). Cette différence tient à des formules distinctes retenues dans les conventions bilatérales. Le Conseil d'État commence par rappeler la fonction et le traitement spécifiques de ce type de conventions :

« Si une convention bilatérale conclue en vue d'éviter les doubles impositions ne peut pas, par elle-même, directement servir de base légale à une décision relative à l'imposition et si, par suite, il incombe au juge de l'impôt, lorsqu'il est saisi d'une contestation relative à une telle convention, de se placer d'abord au regard de la loi fiscale nationale pour rechercher si, à ce titre, l'imposition contestée a été valablement établie avant de déterminer si cette convention fait ou non obstacle à l'application de la loi fiscale, il appartient néanmoins au juge, après avoir constaté que les impositions qu'une entreprise a supportées dans un autre État du fait des opérations qu'elle y a réalisées seraient normalement déductibles de son bénéfice imposable en France en vertu de la loi fiscale nationale, de faire application, pour la détermination de l'assiette de l'impôt dû par cette entreprise, des stipulations claires d'une convention excluant la possibilité de déduire l'impôt acquitté dans cet autre État d'un bénéfice imposable en France. Il en va ainsi, alors même que la convention prévoirait par ailleurs un mécanisme de crédit d'impôt imputable sur l'impôt français, dont cette entreprise ne serait pas en mesure de bénéficier du fait de sa situation déficitaire au cours de l'année en cause, dès lors que la convention interdit la déduction en toutes circonstances ».

En d'autres termes, sous réserve qu'une convention n'y fasse pas obstacle, l'impôt acquitté à l'étranger peut être admis au titre des charges déductibles d'une société française déficitaire. Sur cette base, la déduction d'impôt est exclue s'agissant des cinq premières conventions bilatérales dans la mesure où elles écartent la possibilité d'effectuer cette déduction « sans réserver le cas où le contribuable, résident de France, ne peut bénéficier, en raison de sa situation déficitaire, de l'imputation du crédit d'impôt conventionnel correspondant à l'impôt acquitté à l'étranger ». Le Conseil d'État confirme en revanche la solution favorable de la Cour administrative d'appel en acceptant l'imputation sur les déficits des contributions payées en Chine et en Nouvelle-Zélande dans la mesure où les conventions en cause « n'excluent pas expressément » ladite déduction. En définitive, comme le note C. Santulli, dans le cas de la Chine et de la Nouvelle-Zélande, « le fait de ne pas avoir exclu expressément la déduction conduit à y voir une admission implicite ; alors que dans le second, le fait de ne pas avoir réservé une solution spéciale pour cette même situation est interprété comme excluant la même déduction » (SANTULLI, *RFDA*, 2017, chron. précit.).

Section II : La coutume internationale

CAA, Versailles, 7^e chambre, 29 juin 2017, n° 16VE00158

Un entrepreneur du secteur du bâtiment fait appel d'un jugement rejetant sa demande de décharge des rappels de taxe sur la valeur ajoutée consécutive à l'absence de soumission à cette dernière de prestations effectuées dans la résidence de l'ambassadeur du Royaume du Maroc et dans les locaux des consulats de cet État. Il invoque notamment le fait que lesdits travaux échappaient à cette taxe en raison d'exemptions prévues par le droit international conventionnel et coutumier. La Cour administrative d'appel de Versailles a d'abord estimé que la taxe portant sur les travaux en question échappait au champ des exemptions prévues par les articles 23 et 32 des conventions de Vienne du 18 avril 1961 et du 24 avril 1963 dans la mesure où il s'agit « d'impôts ou taxes perçus en rémunération de services particuliers rendus » au sens de ces dispositions. Par la suite, elle n'apprécie pas l'existence de la prétendue coutume invoquée par le requérant selon laquelle « les achats et prestations de travaux destinés à l'usage des missions diplomatiques et consulaires sont habituellement admis en exonération de taxe sur la valeur ajoutée » dans la mesure où cette taxe est prévue par la loi française. Il lui suffit en effet de rappeler le considérant de principe selon lequel : « ni l'article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958 ni aucune autre disposition de valeur constitutionnelle ne prescrit ni n'implique que le juge administratif fasse prévaloir la coutume internationale sur la loi en cas de conflit entre ces deux normes ». La Cour administrative conclut donc au caractère inopérant du moyen tiré de la coutume invoquée (CAA, Versailles, 7^e chambre, 29 juin 2017, n° 16VE00158).

Section III : Les actes unilatéraux

Cass., crim., 20 décembre 2017, n° 17-84.085 ; voir *infra*, Chapitre II, Section I, c)

*Section IV : Les traités de l'Union européenne et le droit de l'Union**1. Confusion des peines prononcées dans l'Union européenne*

Cass., crim., 2 novembre 2017, n° 17-80.833

La confusion des peines doit être assurée en cas de concours réel d'infractions. Ainsi, lorsqu'une personne est jugée pour différents faits dans le cadre de procédures séparées, les peines prononcées s'exécutent cumulativement dans la limite du maximum légal le plus élevé. L'article 132-4 du code pénal permet à la dernière juridiction appelée à statuer d'aménager les peines en ordonnant la confusion totale ou partielle des peines de même nature. Cet aménagement de la peine par la voie de sa confusion avec une peine antérieure permet de tenir compte du comportement d'un individu depuis la condamnation, de sa personnalité, ainsi que de sa situation matérielle, sociale ou familiale. La Cour de cassation a pu confirmer que ce mécanisme doit être étendu à toutes les condamnations prononcées au sein de l'Union européenne, dès lors que l'une des peines au moins est prononcée par une juridiction française (Cass., crim., 2 novembre 2017, n° 17-80.833 ; *JCP G*, 2017, n° 50, p. 1317 ; obs. FRINCHABOY, *AJ Pénal*, 2017, p. 555 ; comm. BONIS-GARÇON, *Droit pénal*, 2017, p. 45 ; chron. LAURENT, BARBIER, PICHON, ASCENSI, GUÉHO, *D.*, 2017, p. 196). L'article 132-23-1 du code pénal précise ainsi que « les condamnations prononcées par les juridictions pénales d'un État membre de l'Union européenne sont prises en compte dans les mêmes conditions que les condamnations prononcées par les juridictions pénales françaises et produisent les mêmes effets juridiques que

ces condamnations ». Il ne s'agit évidemment pas de remettre en cause l'autorité de la chose jugée des décisions étrangères mais bien au contraire d'en tenir pleinement compte dans la détermination de la peine à exécuter en France. Pour maintenir cette construction, la Cour de cassation précise que la peine prononcée par la juridiction étrangère doit avoir été « intégralement exécutée au jour où il est statué sur la requête en confusion ». À défaut, la décision de la justice française pourrait être présentée comme ayant des effets sur les peines prononcées, mais non encore exécutées dans l'espace pénal européen ; or l'assimilation ne saurait évidemment avoir de répercussions que sur la procédure conduite en France.

2. Contrôle de constitutionnalité d'un règlement de l'Union européenne

CE, 30 janvier 2017, La Cimade et autres, n° 394686

La Cimade et plusieurs autres associations de défense des droits des migrants contestaient la constitutionnalité de l'article 17 du décret du 21 septembre 2015 portant application de la loi du 29 juillet 2015 relative à la réforme du droit d'asile en ce qu'il prévoit le relevé de l'empreinte digitale de tous les doigts des demandeurs d'asile. Dans la mesure où l'article 17 du décret susmentionné se limite à reprendre les termes de l'article 9 du règlement Eurodac (n° 603/2013), le recours revient à demander au juge français, en l'absence d'écran législatif, de se prononcer sur la constitutionnalité dudit règlement (CE, 30 janvier 2017, *La Cimade et autres*, n° 394686 ; concl. DOMINO, *AJDA*, 2017, p. 821 ; note RITLENG, *RTDEur*, 2017, p. 799).

Dans sa fameuse décision *Arcelor* (CE, ass., 8 février 2007, n° 287110, cette chronique, cet *Annuaire*, 2008, p. 655), le Conseil d'État, confronté à la question de savoir s'il peut écarter un acte administratif conforme à une directive communautaire, mais contraire à la Constitution avait affirmé qu'il n'était possible de procéder à un tel contrôle de constitutionnalité qu'à la condition qu'il n'existe pas un principe de droit européen équivalent à la norme constitutionnelle. Dans son arrêt *La Cimade et autres*, le Conseil, semble-t-il, n'étend pas cette solution à la contestation de la constitutionnalité de dispositions réglementaires d'exécution d'un règlement de l'Union européenne.

Le rapporteur public appelait le Conseil à faire ici application de la jurisprudence *Arcelor* en affirmant qu'en cas de protection équivalente en droit de l'Union du principe constitutionnel invoqué, il convenait d'opérer la « translation » (concl. GUYOMAR, sur l'arrêt *Arcelor*, *RFDA*, 2007, p. 394) dans la sphère du droit de l'Union du conflit entre l'acte de l'Union et la norme constitutionnelle nationale en remplaçant le contrôle de constitutionnalité par un contrôle de validité au regard du principe équivalent du droit de l'Union. Si en revanche « il n'existe pas de règle ou de principe général du droit communautaire garantissant l'effectivité du respect de la disposition ou du principe constitutionnel invoqué, il revient au juge administratif d'examiner directement la constitutionnalité des dispositions réglementaires contestées ». Sans juger utile de renvoyer la question à la Cour de justice par la voie préjudicielle, le Conseil d'État a considéré que la consultation du système Eurodac à des fins répressives est conforme aux articles 8 (protection des données à caractère personnel) et 18 (droit d'asile) de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Il s'agit notamment pour le Conseil d'État de rappeler que l'article 52 (portée des droits garantis) de la Charte des droits fondamentaux prévoit qu'il est possible d'apporter des limitations à l'exercice des droits et libertés prévus par ce traité « si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui ». Or, constitue un tel objectif d'intérêt général la lutte contre la

criminalité grave ou contre le terrorisme international en vue du maintien de la paix et de la sécurité internationales.

On ne sait donc pas si le contrôle par voie d'exception de la constitutionnalité d'un règlement de l'Union est, comme celui des directives européennes, limité à l'hypothèse d'absence de protection équivalente en droit de l'Union de la norme constitutionnelle invoquée mais il serait logique que tel soit le cas.

3. Modulation dans le temps des effets de l'annulation d'un acte contraire au droit de l'Union

CE, ass., 19 juillet 2017, Association nationale des opérateurs détaillants en énergie (ANODE), n° 370321

Pèse sur tout État membre l'obligation d'assurer l'effectivité du droit de l'Union européenne ; on pourrait dès lors s'étonner de voir le juge national décider qu'une norme de droit interne, dont la contradiction avec le droit de l'Union est constatée, produit avant son annulation des effets définitifs. C'est pourtant ainsi qu'avec la bénédiction de la Cour de justice de l'Union, le Conseil d'État conclut dans l'arrêt ANODE de juillet 2017 (CE, ass., 19 juillet 2017, *Association nationale des opérateurs détaillants en énergie*, ANODE, n° 370321 ; chron. ODINET, ROUSSEL, AJDA, 2017, p. 1879 ; obs. ROUAULT, LPA, 2018, n° 56, p. 10 ; note RABAULT, LPA, 2017, n° 251, p. 6 ; note MAMOUDY, JCP G, 2017, n° 38, p. 960 ; chron. LE BOT, JCP A, 2018, n° 9, p. 2065 ; note LOMBARD, RTD Com, 2017, p. 853).

Sans saisir la CJUE d'une question préjudicielle, le Conseil d'État annule le décret n° 2013-400 du 16 mai 2013 relatif aux tarifs réglementés de vente de gaz naturel pour incompatibilité avec les objectifs poursuivis par la directive européenne concernant les règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel (2009/73/CE, 13 juillet 2009). Tout en réservant les actions contentieuses engagées à la date de sa décision, le Conseil d'État juge définitifs les effets passés produits par le décret annulé.

De manière détaillée, la Haute juridiction rend compte de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union sur les conditions dans lesquelles un tarif réglementé du gaz peut être admis au regard des objectifs poursuivis par la directive susmentionnée. Les juges de Luxembourg affirment que l'État peut intervenir sur la fixation du prix du gaz naturel au consommateur final « à condition que cette intervention poursuive un intérêt économique général [...], ne porte atteinte à la libre fixation des prix [...] que dans la seule mesure nécessaire à la réalisation d'un tel objectif d'intérêt économique général et, par conséquent, durant une période nécessairement limitée dans le temps et soit clairement définie, transparente, non discriminatoire, contrôlable, et garantisse aux entreprises de gaz naturel de l'Union européenne un égal accès aux consommateurs » (CJUE, 20 avril 2010, *Federutility e.a. c. Autorità per l'energia elettrica e il gas*, C-265/08, pt. 47). Le Conseil d'État met le décret relatif aux tarifs réglementés de vente de gaz naturel à l'épreuve de ces conditions mais, constatant la contrariété avec la première d'entre elles, n'examinera pas les suivantes.

La Cour de justice reconnaît trois objectifs d'intérêt économique général pouvant justifier une intervention de l'État sur les prix du gaz : le maintien d'un prix raisonnable pour le consommateur, la sécurité d'approvisionnement et la cohésion territoriale. Or, aucune de ces conditions ne serait remplie en l'espèce.

Les conséquences d'une telle annulation du décret étaient potentiellement considérables compte tenu du nombre de contrats d'approvisionnement en gaz naturel conclus sous les auspices de celui-ci. Mais, conscients de ces difficultés, les deux parties à l'instance s'opposaient à une annulation rétroactive du décret.

Il s'agit donc de demander au Conseil d'État de moduler les effets dans le temps de l'annulation d'un acte de droit interne pour contrariété avec le droit de l'Union. Cette possibilité exceptionnelle est reconnue au juge national, au moins dans le champ de la protection de l'environnement, par la Cour de justice de l'Union à la condition du constat d'une nécessité impérieuse (CJUE, 28 février 2012, *Inter-environnement Wallonie ASBL, Terre Wallonne ASBL c. Région Wallonne*, C-41/11 ; SIMON, « Cour de justice et tribunaux de l'Union européenne », cet *Annuaire*, 2012, p. 805 et CJUE, 28 juillet 2016, *Association France nature environnement*, C-379-15). La Cour de justice avait précisé dans l'arrêt *France Nature environnement* que ce n'est que si la juridiction de dernière instance est « convaincue, ce qu'elle doit démontrer de manière circonstanciée, qu'aucun doute raisonnable n'existe, quant à l'interprétation et à l'application des conditions » posées par l'arrêt *Inter-Environnement Wallonie*, pour moduler dans le temps les effets de l'annulation d'une disposition du droit national adoptée en méconnaissance du droit de l'Union, qu'elle est dispensée de l'obligation de poser une question préjudicielle. Le Conseil d'État considère que ces conditions sont réunies en affirmant que :

« eu égard aux incertitudes graves qu'une annulation rétroactive ferait naître sur la situation contractuelle passée de plusieurs millions de consommateurs et de la nécessité impérieuse de prévenir l'atteinte au principe de sécurité juridique qui en résulterait, il y a lieu de prévoir, à titre exceptionnel, que les effets produits par le décret attaqué sont, sous réserve des actions contentieuses déjà engagées à la date de la présente décision, regardés comme définitifs ».

4. Règlement « Dublin III » et présomption de respect des droits fondamentaux

CAA Versailles, 28 juin 2017, n° 16VE02239

On sait depuis les arrêts *MSS et NS* rendus respectivement par les cours de Strasbourg et de Luxembourg que le risque qu'un demandeur d'asile soit soumis à des traitements inhumains ou dégradants peut faire obstacle au transfert de celui-ci vers l'État membre compétent en exécution du mécanisme « Dublin » lorsque l'État qui y procède ne peut ignorer les défaillances systémiques de la procédure d'asile et des conditions d'accueil des demandeurs d'asile du premier État (Cour EDH, GC, 21 janvier 2011, *MSS c. Belgique et Grèce*, n° 30696/09 et CJUE, 21 décembre 2011, *NS c. Secretary of State for the Home Department*, aff. C-411/10). Ces décisions ont d'ailleurs été prises en compte par le règlement « Dublin III » qui ajoute une réserve relative à la situation de défaillance systémique. Comme le note le rapporteur public dans ses conclusions sous l'arrêt rapporté, la jurisprudence administrative offre depuis quelques années des décisions relativement contradictoires s'agissant des renvois vers la Hongrie (CAA Versailles, 28 juin 2017, n° 16VE02239 ; concl. ERRERA, *AJDA*, 2017, p. 2089). Contrairement à A. Errera, la Cour administrative de Versailles se place parmi les juridictions qui estiment qu'il n'existe pas à l'heure actuelle de défaillances systématiques justifiant de renverser la présomption de respect des droits fondamentaux qui fonde le règlement « Dublin III ». Le requérant avait pourtant obtenu l'annulation de sa décision de transfert devant le tribunal administratif en mettant en avant des rapports d'organisations non gouvernementales, des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, les observations du commissaire européen aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe du 17 décembre 2015, des rapports du HCR et, surtout, le fait que la Commission européenne a ouvert une procédure en manquement à l'encontre de la Hongrie en s'inquiétant de violations des directives de l'Union européenne relatives au droit de l'asile et de la Charte des droits fondamentaux. Cet élément est toutefois rejeté par la Cour qui estime que la procédure n'est pas encore à son stade contentieux. Le degré de

défaillance requis pour renverser la présomption de respect des droits fondamentaux est en définitive élevé dans la mesure où la Cour administrative d'appel semble exiger que l'État manifeste « soit un refus qu'opposeraient les autorités hongroises à tout enregistrement des demandes d'asile, soit une incapacité structurelle de ces mêmes autorités d'examiner effectivement ces demandes, en méconnaissance de la convention de Genève de 1951 ». Cet ajout peut étonner dans la mesure où le 7 mars 2017 le parlement hongrois a précisément adopté une loi prévoyant la détention systématique de tous les demandeurs d'asile.

CHAPITRE II : LES SUJETS DU DROIT INTERNATIONAL

Section I : L'État

1. La compétence territoriale de l'État

Cass., crim., 28 février 2017, n° 16-84.181

Afin de contester la contravention qui lui a été infligée pour avoir téléphoné en conduisant sur les routes de Savoie, M. X, prétend que la loi française n'y est pas applicable au motif que la France ne détient pas de titre territorial sur ce département. Le requérant estime en effet que le Traité de Turin du 24 mars 1860 conclu avec la Sardaigne, qui a rattaché la Savoie à la France, doit être tenu pour abrogé et que, en toute hypothèse, son défaut d'enregistrement au titre de l'article 102 de la Charte des Nations Unies l'empêche de faire droit (Cass., crim., 28 février 2017, n° 16-84.181 ; note TRANCHANT, *RGDIP*, 2018, p. 269). C'est la seconde fois que la Cour de cassation se prononce sur ces arguments. La première chambre civile avait eu l'occasion de les rejeter sept ans auparavant (Cass., civ. 1, 4 mai 2011, *M. JX c. La caisse nationale du régime social des indépendants (RSI)*, n° 10-11.951, cette chronique, *cet Annuaire*, 2012, p. 839). Cette fois de manière bien plus concise – et malgré quelques ambiguïtés – la chambre criminelle estime que le Traité de Turin a été maintenu en vigueur dans la mesure où il fait partie des accords notifiés à l'Italie en vertu de la faculté conférée par l'article 44, § 1 du Traité de paix du 10 février 1947. Celui-ci prévoit en effet que les Puissances Alliées et Associées pourront choisir les traités bilatéraux conclus avant la guerre qu'elles veulent maintenir ou remettre en vigueur ; ce choix s'opérant par leur notification à l'Italie. Quant au défaut d'enregistrement du Traité de Turin, en parfait reflet du droit international, la Cour estime que le défaut d'enregistrement « est sans conséquence sur sa validité entre les États parties ».

2. La compétence personnelle de l'État

a) Double nationalité d'un agent contractuel de l'État

CE, 27 janvier 2017, Mme Mané, n° 399793

Il s'agit pour le Conseil d'État, à la suite du licenciement d'un agent contractuel du commandement des forces françaises stationnées au Cap-Vert, de se prononcer sur la nature du contrat de travail (CE, 27 janvier 2017, *Mme Mané*, n° 399793 ; *AJDA*, 2017, p. 202 ; *AJFP*, 2017, p. 206 ; *AJFP*, 2017, p. 206 ; chron. SANTULLI, *RFDA*, 2017, p. 1003). Le décret du 18 juin 1969 est applicable aux agents contractuels de nationalité française relevant de l'État et des établissements publics de l'État à caractère administratif en service à l'étranger. Or, l'agent contractuel dans cette affaire était binationale française et sénégalaise, et la Cour administrative

d'appel de Paris affirma pour écarter l'application du décret que c'est en sa qualité de ressortissante sénégalaise que le contrat avait été conclu (CAA Paris, 31 décembre 2015, n° 14PA00546). L'argument est évidemment déroulant et le Conseil d'État ne pouvait que retenir « qu'est sans incidence la circonstance que le ressortissant français avec lequel un contrat a été conclu possède par ailleurs une autre nationalité ».

b) *La réserve héréditaire n'est pas d'ordre public international*

Cass., civ. 1, 27 septembre 2017, n° 16-17.198 et n° 16-13.151

Les deux litiges sont liés aux successions de français décédés aux États-Unis où ils étaient établis depuis de très nombreuses années. Ils s'y étaient remariés et avaient constitué un trust avec leurs épouses auquel ils avaient apporté l'ensemble de leur patrimoine. Ils laissaient ainsi en dehors de la succession des héritiers français de premiers lits qui ont assigné les veuves devant les juridictions françaises afin de faire valoir leurs droits réservataires dans le cadre de la succession de leurs pères.

Pour la première fois appelée à se prononcer sur la question, la Cour de cassation (Cass., civ. 1, 27 septembre 2017, n° 16-17.198 et n° 16-13.151 ; obs. BOICHÉ, *AJ Fam.*, 2017, p. 595 ; obs. LAGARDE, MEIER-BOURDEAU, SAVOURÉ, KESSLER, *AJ Fam.*, 2017, p. 598 ; note USUNIER, *RTDCiv.*, 2017, p. 833 ; note GORÉ, *Defrénois*, 2017, n° 22, p. 26) affirme « qu'une loi étrangère désignée par la règle de conflit qui ignore la réserve héréditaire n'est pas en soi contraire à l'ordre public international français et ne peut être écartée que si son application concrète, au cas d'espèce, conduit à une situation incompatible avec les principes du droit français considérés comme essentiels ». Mais derrière cette solution de principe se cachent des modulations possibles. Tout d'abord, la Cour de cassation souligne que l'application de la loi californienne ne laisserait aucun des demandeurs, majeurs au jour du décès de leur père, « dans une situation de précarité économique ou de besoin ». Il serait ainsi possible de faire échec à la loi étrangère si l'application de celle-ci conduisait à un tel résultat. Ensuite, la Cour met en avant le fait que dans les deux espèces, l'établissement aux États-Unis des deux *de cujus* était incontestable et ancien. L'autorité de la réserve héréditaire est ainsi mise à mal pour des successions antérieures à l'adoption par l'Union européenne du règlement du 4 juillet 2012 relatif aux successions internationales (n° 650/2012 ; LAGARDE, « Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions », *RCDIP*, 2012, p. 691). Celui-ci vient renforcer cette logique de recul de la réserve en offrant au *de cujus* une option de législation qui lui permet d'échapper, le cas échéant, à la réserve héréditaire prévue par la loi de sa dernière résidence habituelle en plaçant la succession sous l'empire de sa loi nationale.

Certaines successions médiatiques ouvertes récemment laissent à penser que les juridictions françaises pourraient être appelées à se prononcer sur la contestation de l'établissement d'un *de cujus* français ayant créé le même type de montage successoral que dans les deux espèces ici rapportées. Le règlement du 4 juillet 2012, applicable aux successions ouvertes après le 17 août 2015, indique qu'à titre exceptionnel, lorsqu'il « résulte de l'ensemble des circonstances de la cause que, au moment de son décès, le défunt présentait des liens manifestement plus étroits avec un État autre » que celui de la dernière résidence habituelle, application sera faite de la loi de cet autre État (BOICHÉ, *AJ Fam.*, 2018, p. 138).

c) *Compétence en Haute mer à l'égard d'un navire battant pavillon étranger*

Cass., crim., 20 décembre 2017, n° 17-84.085

Informée par une agence de renseignement étrangère de soupçons de transport de cocaïne par le voilier « Le vague à l'âme », la marine nationale française procéda à son arraisonnement dans les eaux internationales de l'océan pacifique et monta à bord avec l'autorisation du capitaine après qu'un membre de l'équipage eut déployé un pavillon panaméen. La visite du voilier confirma les soupçons et les membres de l'équipage ont en définitive été mis en examen pour crimes d'importation et d'exportation de produits stupéfiants en bande organisée, d'infractions à la législation sur les stupéfiants et d'association de malfaiteurs et pour délits de contrebande de marchandises prohibées et dangereuses pour la santé. L'un d'eux a saisi la chambre de l'instruction d'une requête en annulation de pièces et de la procédure. Il conteste la régularité de l'enquête de pavillon effectuée sur le fondement de l'article 110 de la convention de Montego Bay, le maintien à bord des forces françaises en l'attente d'une réponse à la demande de visite adressée au Panama et l'existence d'une autorisation panaméenne pour procéder à la visite du navire au sens de l'article 17 de la convention du 20 décembre 1988 contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes.

La chambre criminelle de la Cour de cassation rejette le moyen dans toutes ses branches. Elle estime d'abord que « l'exhibition ponctuelle et tardive du pavillon panaméen » combinée à l'absence de réponses aux appels des militaires français justifiait la vérification des titres autorisant le port du pavillon. Les paragraphes 1 et 2 de l'article 110 de la convention sur le droit de la mer prévoient en effet la possibilité pour tout navire de guerre d'arraisonner en haute mer un navire dont il y a « de sérieuses raisons de soupçonner » qu'il est sans nationalité. En l'espèce, après vérification, la nationalité panaméenne du navire étant établie, les militaires français ne pouvaient plus agir sur le fondement de cette stipulation qui, outre l'hypothèse précitée, ne leur donnait compétence qu'en raison de soupçons de piraterie, de transport d'esclaves ou d'émissions non autorisées. Au terme de l'article 17, § 4 de la convention de Vienne sur le trafic de stupéfiants, il était donc nécessaire d'obtenir l'autorisation de l'État du pavillon pour visiter le voilier. Avec l'autorisation du capitaine les forces françaises sont donc demeurées à bord en attente de cette dernière. En réponse au moyen du requérant, la Cour de cassation estime que « le représentant de l'État français était en droit, en fonction de son appréciation de la situation, de demander le maintien à bord de son équipe, après avoir recueilli l'assentiment du capitaine, sans qu'il soit procédé à une quelconque visite ou mesure de coercition ».

Il reste toutefois à savoir si le Panama a bien donné son autorisation de visiter et de « prendre les mesures appropriées à l'égard du navire, des personnes qui se trouvent à bord et de la cargaison » au sens de l'article 17, § 4 précité. En l'espèce, le procureur de la République du tribunal de première instance de Papeete informa les militaires français que la compétence juridictionnelle française était acquise au motif qu'il était détenteur d'un courrier électronique de la directrice des affaires juridiques du ministère des Relations extérieures du Panama faisant état de l'accord des autorités sollicitées et précisait être dans l'attente de l'envoi de la réponse formalisée de la *procoraduria general* ; cette dernière interviendra après que l'équipage eut été placé en garde à vue par deux courriers du procureur général et du ministère des relations extérieures du Panama. Selon la chambre criminelle, ces faits n'entachent pas la régularité de la procédure. Elle estime en effet que

« dès lors que la preuve de l'accord de l'État du pavillon, qui n'est soumise à aucune forme particulière par l'article 17 de la Convention des Nations Unies contre le

trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes [...] peut résulter d'un courriel dont les termes ont été confirmés par des courriers officiels transmis dans les heures suivant l'envoi de ce message, adressé par le ministère des relations extérieures du Panama aux autorités diplomatiques françaises, la cour d'appel a justifié sa décision ».

Les questions de la forme de l'autorisation et de l'autorité habilitée à la donner (imputabilité à l'État) sont confondues si bien qu'il est difficile de savoir si les courriers (et lequel) du procureur général et/ou du ministère des relations extérieures viennent, ou non, valider une autorisation qui aurait été irrégulière en ce qu'elle ne provenait pas d'une autorité habilitée pour la donner ou parce qu'elle ne respectait pas les conditions formelles pour ce faire. Toujours est-il que l'ensemble des actes de procédure des autorités françaises effectués en Haute mer à l'encontre de l'équipage d'un navire battant pavillon d'un État étranger sont réguliers car fondés sur une autorisation unilatérale de celui-ci, sans qu'il soit nécessaire d'apprécier la date exacte à laquelle l'autorisation est intervenue. Le caractère informel du droit international est ici au service de l'efficacité de la coopération internationale (sur la confirmation d'un acte *ultra vires*, voir not. le projet de principe 4 (abandonné) relatif à la « confirmation ultérieure d'un acte accompli par une personne non autorisée (ou non habilitée à ce faire) », *neuvième rapport sur les actes unilatéraux de l'État* de V. RODRÍGUEZ-CEDEÑO, *ACDI*, 2006, A/CN.4/569/Add.1, p. 52, par. 151 et *mutatis mutandis* Affaire du *Steamer « Montijo »* (Colombie/États-Unis d'Amérique), S.A. du 26 juillet 1875, *La Fontaine*, p. 210).

3. Compétence sur la zone de protection écologique

Cass., crim., 19 avril 2017, n° 16-82.111 ; voir supra, section I, 3.

Section II : Le régime de l'asile

1. Entrée sur le territoire

CE, 16 octobre 2017, n° 408344 et 408374

Depuis le retrait de leurs troupes du territoire afghan en 2012, les autorités françaises sont saisies de demandes de visas de membres du « personnel civil de recrutement local » (ci-après « PCRL »), essentiellement des interprètes, dont il est attesté qu'ils craignent de manière générale des représailles des Talibans sans pouvoir faire l'objet d'une protection des autorités locales. Saisi de pourvois contre des ordonnances du juge des référés du tribunal administratif de Nantes refusant de suspendre l'exécution des refus de délivrance des visas, le Conseil d'État se prononce sur les pouvoirs de l'administration en la matière (CE, 16 octobre 2017, n° 408344 et 408374 ; concl. ODINET, *AJDA*, 2017, p. 2424 ; obs. MAUPIN, *AJDA*, 2017, p. 1983). Quant à la question d'un droit à l'entrée sur le territoire au titre de l'asile ou des obligations internationales de protection des droits de l'homme, ces affaires prennent un relief particulier en raison du prononcé quelques mois plus tôt de l'arrêt *X c. Belgique* de la CJUE (CJUE, GC, 7 mars 2017, *X c. Belgique*, aff. C-638/16 ; *D.*, 2017, p. 570). Cette dernière a estimé en effet que les demandes de visa au titre de l'asile relèvent exclusivement des droits nationaux, contrairement à son Avocat général qui proposait de dégager une obligation communautaire de délivrer un visa lorsque son refus expose le demandeur à « des risques réels de traitements inhumains d'une extrême gravité ». Le Conseil d'État ne saisira pas l'opportunité ainsi offerte. La Haute juridiction affirme à nouveau – et toujours de manière ambiguë au regard des fondements de protection (voir déjà CE, ord.,

9 juillet 2015, n° 391392, cette chronique, cet *Annuaire*, 2016, p. 1012) – que les garanties attachées au droit de solliciter en France la qualité de réfugié, corollaire du droit constitutionnel d'asile, n'emportent « aucun droit à la délivrance d'un visa en vue de déposer une demande d'asile en France ou pour y demander le bénéfice de la protection subsidiaire ». De la même manière et sans plus de motivation, le Conseil d'État estime par ailleurs que « l'invocation des articles 2 et 3 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales à raison de menaces susceptibles d'être encourues à l'étranger ne saurait impliquer de droit à la délivrance d'un visa d'entrée en France » (voir déjà, CE, 27 juin 2008, *Mlle Sallami*, n° 296150).

Les demandes de visas étaient en l'espèce fondées sur un dispositif de « relocalisation » mis en place en 2015 (qui s'ajoute à un premier dispositif de 2012) dont le bénéfice est conditionné à la satisfaction de critères fixés dans des orientations générales du ministère de la défense. La délivrance d'un visa doit ainsi prendre en compte « la qualité des services rendus et la réalité de la menace, elle-même appréciée en tenant compte du type d'emploi occupé, de la durée de l'emploi auprès des forces françaises et du temps écoulé depuis la fin du contrat » (concl. précit.). De manière classique, le Conseil d'État refuse toutefois d'opposer ces orientations à l'administration (CE, 4 février 2015, *Ministre de l'intérieur c. Cortes Ortiz*, n° 383267).

Les requérants se prévalaient par ailleurs de la protection fonctionnelle. Compte tenu de l'étendue du contrôle exercé en cassation d'ordonnances de « référésuspension », le Conseil d'État ne se prononcera pas expressément sur ces aspects intéressants. Les questions de savoir si le « PCRL » peut se prévaloir de la protection fonctionnelle et, dans l'affirmative, si cette protection peut consister en la délivrance d'un visa restent donc en suspens (sur cet aspect, voir les conclusions de G. ODINET précitées). La délivrance d'un visa dépendrait alors de l'existence de craintes individuelles et appellerait ainsi un examen casuistique. Or, en toute hypothèse, l'intérêt de ces arrêts est précisément de souligner que l'administration commet une erreur manifeste d'appréciation – de nature à faire naître un doute sérieux sur la légalité de sa décision – en rejetant la demande de visa d'un « PCRL » qui encourt un risque du fait de ses anciennes fonctions auprès de l'armée française. Le juge des référés doit donc procéder à un examen souverain de la réalité des menaces individuelles sous le contrôle du Conseil d'État limité à la dénaturation des faits. Les fonctions, parcours, et expériences réciproques des requérants sont à ce point semblables qu'il est difficile de comprendre ce qui a motivé la cassation dans une hypothèse et non dans les autres. Les conclusions du rapporteur public sont utiles : il semble que le dossier qui a reçu les faveurs du Conseil d'État soit celui dont les allégations n'ont pas été contredites par l'administration (req. n° 404384). Dans ses conclusions, G. Odinet admet toutefois que les dossiers sont particulièrement lacunaires, que le ministre de la défense n'a pas produit, que la défense du ministère de l'intérieur ne permet pas de comprendre la gestion de ces demandes de visas et que certains dossiers prêtent à discussion. En définitive, les traitements administratif et juridictionnel de ces demandes de visas semblent très aléatoires et des personnes qui pourraient obtenir une protection en France, qui plus est en raison des services rendus à son armée, sont une nouvelle fois tenues à distance par une stricte politique des visas.

2. Inclusion

a) Statut de réfugié

i) Fondements de la protection

CNDA, 10 novembre 2017, Mme M., n° 16012242

Alors que l'article L. 711-1 du Ceseda postule la reconnaissance automatique de la qualité de réfugié à la personne envers laquelle le Haut-Commissariat pour les Réfugiés exerce sa protection aux termes des articles 6 et 7 de son statut, la Cour neutralise ce fondement de protection en appliquant les principes issus de la jurisprudence *Oumarov* (CE, 13 novembre 2013, n° 349735, cette chronique, cet *Annuaire*, 2014, p. 886), repris à l'article L. 723-11 du même code qui érige l'existence d'une protection préalable par un autre État membre de l'Union européenne en motif d'irrecevabilité de la demande. En l'espèce, une ressortissante de la République démocratique du Congo protégée par le HCR au Maroc et reconnue réfugiée au Portugal n'est donc pas recevable à invoquer la reconnaissance automatique de sa protection par le HCR « aussi longtemps que le statut de réfugié lui est maintenu et effectivement garanti » au Portugal (CNDA, 10 novembre 2017, Mme M., n° 16012242).

ii) Motifs de la protection

CE, 8 février 2017, M. J., n° 379378

Voir aussi CE, 8 février 2017, M. K., n° 395821 ; M. D., n° 397745 ; M. B., n° 396695 ; 21 avril 2017, M. P., n° 399780 ; non rapportés.

CNDA, 7 mars 2017, M. A., n° 16023776

Suivant une logique identique à celle de la CJUE (CJUE, 7 novembre 2013, *X, Y et Z*, aff. jointes C-199/12, C-200/12, C-201/12), le Conseil d'État estime qu'un groupe social au sens de l'article 1, A, 2 de la convention de Genève de 1951 « n'est pas institué par ceux qui le composent, ni même du fait de l'existence objective de caractéristiques qu'on leur prête mais par le regard que portent sur ces personnes la société environnante ou les institutions ». Partant, l'octroi du statut de réfugié en raison de persécutions motivées par l'orientation sexuelle ne saurait être subordonné à la manifestation publique de cette dernière. On ne saurait ainsi opposer à un individu le fait qu'il pouvait « dissimuler son homosexualité ou [...] faire preuve de réserve dans l'expression de son orientation sexuelle » pour retenir l'absence de craintes de persécution (CE, 8 février 2017, M. J., n° 379378). La CNDA estime quant à elle, à propos des craintes de persécution d'un ressortissant ukrainien homosexuel, « que si l'existence d'une législation, qui réprime spécifiquement les personnes homosexuelles, permet de constater que ces personnes doivent être considérées comme formant un certain groupe social, l'absence d'une telle législation ne suffit pas à établir que ces personnes ne subissent pas de persécutions en raison de leur orientation sexuelle » (CNDA, 7 mars 2017, M. A., n° 16023776 ; comp. avec CJUE, 5 septembre 2012, *Y. et Z.*, aff. jointes C-71/11, C-99/11).

CNDA, GF, 30 mars 2017, Mme F., n° 16015058

La Cour, réunie en sa Grande Formation, entend mettre fin à une jurisprudence fluctuante s'agissant du fondement de protection des femmes qui parviennent à s'extraire de réseaux de prostitutions internationaux. La juridiction estime qu'elles sont victimes de traite d'êtres humains. Elles font ainsi l'objet de « persécutions » au sens de la convention de 1951 et constituent un groupe social au Nigéria sur

le territoire duquel, par ailleurs, elles ne peuvent bénéficier d'un « asile interne » (CNDA, GF, 30 mars 2017, *Mme F.*, n° 16015058).

b) *Protection subsidiaire*

i) *Torture ou peines ou traitements inhumains ou dégradants*
(Art. L. 712-1, b) du CESEDA)

CE, 19 juillet 2017, *Mme L.*, n° 401870

Le bénéfice de la protection subsidiaire doit être accordé au demandeur d'asile qui court dans son État d'origine un risque réel de subir la torture ou des peines ou traitements inhumains ou dégradants. À propos des craintes liées à une détérioration de l'état de santé d'un individu en raison de l'inexistence d'un traitement adapté, la CJUE avait déjà estimé que les éloignements potentiellement interdits par l'article 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme pouvaient ne pas entrer dans le champ d'application de la protection subsidiaire accordée au titre de l'asile (CJUE, 18 décembre 2014, *M'Bodj c. État Belge*, aff. C-542/13). Dans le même sens, le Conseil d'État souligne que le risque de détérioration de l'état de santé d'un demandeur d'asile dû à « l'inexistence ou l'insuffisance de traitements adéquats » à sa maladie « sans que soit en cause une privation de soins infligée intentionnellement à cette personne, ne constitue pas, sauf cas exceptionnels, un traitement inhumain ou dégradant justifiant l'octroi du bénéfice de la protection subsidiaire » (CE, 19 juillet 2017, *Mme L.*, n° 401870).

ii) *Violence aveugle résultant d'une situation de conflit armé interne ou international* (Art. L. 712-1, c) du CESEDA)

CE, 16 octobre 2017, *OFPRA c. M. S.*, n° 401585

CNDA, 9 février 2017, *M. A.*, n° 16005729

Le bénéfice de la protection subsidiaire au titre de l'article L. 712-1, c) du CESEDA peut résulter de la circonstance que, pour rejoindre sa région d'origine, le demandeur d'asile doive « traverser une zone au sein de laquelle le degré de violence résultant de la situation de conflit armé est tel qu'il existe des motifs sérieux et avérés de croire que l'intéressé se trouverait exposé, du seul fait de son passage, même temporaire, dans la zone en cause, à une menace grave, directe et individuelle contre sa vie ou sa personne ». La décision de la Cour qui n'a pas apprécié si la région de Kaboul – par laquelle le demandeur d'asile entrerait inévitablement en Afghanistan – présente de telles caractéristiques doit donc être annulée (CE, 16 octobre 2017, *OFPRA c. M. S.*, n° 401585). On sait par ailleurs que ce fondement de protection ne peut bénéficier qu'aux « civils ». Ce terme pose des problèmes d'interprétation d'autant plus importants que la CJUE a estimé que le droit de l'asile et le droit humanitaire étaient deux *corpus* distincts et autonomes (CJUE, 30 janvier 2014, *Diakité*, aff. C-285/12). Le second aurait toutefois pu être utile pour fonder la qualité de « civil » d'un ressortissant afghan ayant pris spontanément les armes, à l'instar des autres villageois, pour défendre sa famille et ses biens sans obéir aux ordres d'aucun commandement ou autorité. La CNDA estime en effet que « la seule possession d'une arme à des fins de défense, indépendamment de toute participation à une unité armée organisée ou constituée en vue de combattre, ne saurait remettre en cause sa qualité de civil » (CNDA, 9 février 2017, *M. A.*, n° 16005729).

3. Exclusion

CE, 4 décembre 2017, OFPRA c. M. G., n° 403454

CE, 7 juin 2017, n° 396261

CNDA, GF, 26 septembre 2017, M. K., n° 16029802

Voir aussi CE, 19 juin 2017, n° 389868, non rapporté

L'article 1, F de la convention de 1951 prévoit que ses « dispositions ne s'appliqueront pas aux personnes dont on aura des raisons sérieuses de penser qu'elles ont commis » un des crimes ensuite énumérés. Le Conseil d'État censure la Cour nationale du droit d'asile pour avoir recherché la « responsabilité personnelle et consciente » d'un demandeur originaire du Rwanda suspecté d'avoir pris part au génocide « alors qu'il lui appartenait uniquement de rechercher si les éléments de fait résultant de l'instruction étaient de nature à fonder de sérieuses raisons de penser qu'il était personnellement impliqué dans ces crimes » (CE, 4 décembre 2017, *OFPRA c. M. G.*, n° 403454).

Quelques mois plus tôt, le Conseil d'État estimait que la Cour avait commis une erreur de qualification juridique des faits en refusant d'appliquer la clause d'exclusion à une ressortissante tchéchène et à ses trois enfants majeurs dont l'époux et père a participé à la séquestration et la torture à son domicile d'un fonctionnaire français du Haut-Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés. Il ressort du témoignage de celui-ci que bien qu'il n'ait jamais été en contact direct avec la requérante, « elle a contribué à la commission des agissements dont il a été victime et dont elle a persisté devant les juges du fond à nier la gravité ». Il y avait donc pour le Conseil « des raisons sérieuses de penser que Mme K., a contribué à un crime grave de droit commun, constitutif d'un agissement contraire aux buts et principes des Nations Unies ». On notera que le Conseil d'État combine dans une formule inédite le *b)* – crimes graves de droit commun et le *c)* – agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies – de l'article 1, F de la convention de 1951. On peut s'interroger sur la nécessité de mentionner ici cette dernière catégorie de crimes dans la mesure où, la complicité étant acquise, elle constituait assurément un crime grave de droit commun (CE, 7 juin 2017, n° 396261).

La CNDA a entendu clarifier les rapports entre la clause d'exclusion de la convention de Genève et le nouvel article L. 711-6 du *Ceseda* issu de la loi du 29 juillet 2015 (CNDA, GF, 26 septembre 2017, *M. K.*, n° 16029802) selon lequel :

« le statut de réfugié peut être refusé ou il peut être mis fin à ce statut lorsque, 1° Il y a des raisons sérieuses de considérer que la présence en France de la personne concernée constitue une menace grave pour la sûreté de l'État ; 2° La personne concernée a été condamnée en dernier ressort en France soit pour un crime, soit pour un délit constituant un acte de terrorisme ou puni de dix ans d'emprisonnement, et sa présence constitue une menace grave pour la société ».

La juridiction choisit à vrai dire la seule interprétation compatible avec la convention de Genève en estimant que l'article ne peut pas être lu comme posant de nouveaux cas d'exclusion :

« La section F de l'article 1^{er} de la convention de Genève contient une liste limitative de trois cas dans lesquels certaines personnes, bien que répondant aux conditions requises par la section A, ne peuvent cependant pas être reconnues réfugiées au motif qu'il existe des raisons sérieuses de penser qu'elles ont commis des actes qui les rendent indignes de cette protection. L'article L. 711-6 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile ne saurait en conséquence avoir pour objet

ou pour effet d'ajouter de nouvelles causes d'exclusion à ces trois cas limitativement définis par la convention de Genève ».

Cette disposition ne permet donc à l'OFPRA que de refuser d'exercer la protection juridique et administrative d'un réfugié ou d'y mettre fin mais, pour ce faire, il lui appartient toujours de vérifier si le réfugié doit être exclu du bénéfice de la convention sur le fondement de son article 1, F.

4. Cessation

CNDA, GF, 6 juillet 2017, M. Q., n° 16032301

CE, 28 décembre 2017, OFPRA c. M. M., n° 404756

La CNDA estime, en Grande Formation, que le retour volontaire d'un réfugié dans son pays d'origine signifie qu'il a obtenu de nouveau la protection des autorités de ce pays au sens de l'article 1, C, de la convention de Genève. Ses craintes cessent donc d'exister si ce comportement est volontaire et n'est dicté par « aucune raison impérieuse ». Dans cette hypothèse, il appartient toutefois aux autorités de l'asile d'apprécier si la protection doit être maintenue pour des raisons autres que celles qui avaient motivé la reconnaissance de la qualité de réfugié (CNDA, GF, 6 juillet 2017, *M. Q.*, n° 16032301 R). Le Conseil d'État précise, quant à lui, que lorsque la Cour estime infondé le motif de cessation retenu par l'OFPRA, il lui appartient d'apprécier si l'intéressé relève d'un des autres motifs énumérés à l'article 1, C, de la convention ou de ceux de l'article L. 711-4 du CESEDA (CE, 28 décembre 2017, *OFPRA c. M. M.*, n° 404756). Ce dernier article inséré dans le code par la loi du 29 juillet 2015 érige les clauses d'exclusion de la convention en clause de cessation et permet également à l'office de mettre fin au statut de réfugié lorsque sa reconnaissance a résulté d'une fraude.

CHAPITRE III : LES RELATIONS INTERNATIONALES

Section I : Les immunités des États, des organisations internationales et de leurs agents

1. Immunité des États

a) Aspects procéduraux

i) Identification du défendeur

Cass., soc., 26 octobre 2017, n° 16-13.827

CA Paris, Pôle 6, chambre 9, 26 avril 2017, n° 15/06103 et n° 15/06100

Dans le cadre d'un litige relatif à son licenciement, M. X a saisi la juridiction prud'homale de demandes à l'encontre du consulat général de Tunisie par lequel il avait été engagé en qualité d'agent local avec mission de « prêter assistance aux membres de la colonie tunisienne installée dans la circonscription consulaire de Lyon ». Le Tribunal ayant écarté le bénéfice de l'immunité de juridiction, le consulat interjette appel en soulevant cette fois une fin de non-recevoir tirée de son absence de personnalité morale face à laquelle le requérant invoque la théorie de l'estoppel et la violation des règles relatives aux immunités. Quant au premier point, il estime en effet que le consulat se contredit à son détriment en soutenant à la fois, d'une part, qu'il dépend du ministère des affaires étrangères et bénéficie

ainsi d'une immunité étatique et en admettant qu'il est son « employeur juridique » et, d'autre part, qu'il ne détient pas de capacité passive autonome de celle de l'État tunisien. La Cour d'appel a accueilli cette fin de non-recevoir tirée de son défaut de droit propre à agir en estimant que « la question du droit à agir et de l'immunité de juridiction sont imbriquées » :

« En effet, un consulat peut être un employeur distinct de l'État qu'il représente dès lors que son salarié ne participe pas à une mission de service public. Par contre, lorsque le salarié exerce une mission de service public, le consulat est dans les relations avec le salarié une simple émanation de l'État qu'il représente, est dépourvu d'un droit propre à agir et bénéficie de l'immunité de juridiction ».

Estimant que les relations de travail en litige étaient couvertes par l'immunité, le consulat est, aux yeux du juge d'appel, le simple représentant de la Tunisie et est ainsi « dépourvu d'un droit propre à agir ». Dans son pourvoi, le requérant invoquait la violation de l'article 5, a) de la convention de Vienne du 24 avril 1963 sur les relations consulaires selon lequel les fonctions consulaires consistent notamment « à protéger dans l'État de résidence les intérêts de l'État d'envoi et de ses ressortissants, personnes physiques et morales, dans les limites admises par le droit international » (Cass., soc., 26 octobre 2017, n° 16-13.827). Il en tirait que le consul avait donc nécessairement « qualité pour agir en justice, en demande ou en défense, au nom et pour le compte de l'État d'envoi quand le litige a pour objet la défense des intérêts dont il a la charge ». Il estimait en outre que la compétence du consul général n'avait pas été contestée à la signature du contrat de travail et que si le consulat général était dépourvu du droit d'agir, son appel aurait dû être déclaré irrecevable. Son second moyen revenait sur l'exclusion de l'immunité. Rejetant le premier moyen, la Cour de cassation ne reviendra pas sur le bénéfice de l'immunité. Elle retient en effet « qu'est irrecevable toute prétention émise par ou contre une personne dépourvue du droit d'agir ; que cette situation n'est pas susceptible d'être régularisée lorsque la prétention est émise par ou contre une partie dépourvue de la personnalité juridique ». La Cour d'appel a ainsi justifié sa décision en retenant « que le consulat n'est que le représentant de son État et que l'action aurait donc dû être dirigée à sa seule rencontre » quand bien même le premier était bien l'employeur et qu'il a pu régulièrement interjeté appel.

Dans deux arrêts prononcés le 26 avril 2017, la Cour d'appel de Paris se prononce sur des moyens de nullité de jugements de première instance par lesquels l'État italien invoque l'irrégularité des convocations devant le bureau de conciliation prud'homal aux motifs qu'elles ont été dirigées contre « la République italienne sise au Consulat » et non contre l'État italien en tant que personne morale. La Cour d'appel rejette sans difficulté les moyens en estimant que les deux dénominations s'appliquent à l'évidence à la même entité étatique. Contrairement à l'affaire jugée par la Cour de cassation dans l'arrêt précité, il n'y a donc pas eu de méprises relatives à l'identité du défendeur (CA Paris, Pôle 6, chambre 9, 26 avril 2017, n° 15/06103 et n° 15/06100). Notons que dans ces deux espèces le tribunal ne s'était pas prononcé sur les fins de non-recevoir tirées du bénéfice de l'immunité. L'effet dévolutif de l'appel a toutefois pour conséquence de permettre à la Cour d'appel de se saisir de la question et d'estimer que l'Italie ne pouvait bénéficier de l'immunité de juridiction.

ii) Notification par voie diplomatique

Cass. soc., 23 mars 2017, n° 15-22.980, voir aussi même section, *infra* b)

L'Italie faisait grief à l'arrêt rendu en appel d'avoir rejeté une exception de nullité tenant à la violation de l'article 684 du code de procédure civile qui dispose

que tout acte destiné à être notifié à un État étranger doit être remis au parquet et transmis par l'intermédiaire du ministre de la justice aux fins de signification par voie diplomatique. En l'espèce cette procédure avait bien été respectée lors de la convocation de l'État devant le bureau de conciliation du conseil de prud'hommes mais le renvoi devant la formation de jugement de cette juridiction avait été effectué oralement lors de la dernière audience de conciliation. La chambre sociale estime toutefois que le conseil de prud'hommes a légalement justifié sa décision dans la mesure où l'avocat du représentant de l'État en France a émargé au dossier sans réserve, qu'il a été informé du renvoi devant le bureau de jugement et qu'il a comparu le jour de l'audience de jugement (Cass. soc., 23 mars 2017, n° 15-22.980, sur le fond, voir *infra*, b).

b) *Aspects substantiels*

Cass., civ. 1, 12 juillet 2017, n° 15-29.334, 15-29.335

Cass., soc., 23 mars 2017, n° 15-22.980, voir aussi supra, a)

CA Paris, Pôle 6, chambre 9, 26 avril 2017, n° 15/06103, n° 15/06100

Voir aussi CA Bordeaux, civ. 1, sect. A, 6 mars 2017, n° 14/02185 ; CA, Paris, pôle 6, ch. 10, 22 mars 2017, n° 14/03880 ; CA Versailles, ch. 4, sect. 02, 19 juin 2017, n° 16/00742 ; CA Nîmes, ch. soc., 10 octobre 2017, n° 16/01407, non rapportés.

L'identification des « actes donnant lieu au litige » est une étape essentielle avant d'apprécier si ladite activité tombe ou non dans le champ d'application des activités couvertes par l'immunité de juridiction. C'est ce que rappellent deux décisions de la Cour de cassation rendues dans des formations distinctes. Dans un arrêt du 12 juillet 2017 de la première chambre civile, rendu au visa des « principes de droit international relatifs à l'immunité de juridiction des États étrangers », il était question d'un contentieux relatif au paiement de services de lobbying déployés en vue de l'implantation d'une université privée à Abou Dhabi en partenariat avec l'université Paris-Sorbonne (Cass., civ. 1, 12 juillet 2017, n° 15-29.334, 15-29.335 ; note RASPAIL, *RGDIP*, 2018, p. 276). Afin de rejeter l'immunité de juridiction des Émirats Arabes Unis, la Cour d'appel a retenu que :

« la participation de M. X à un contrat de lobbying tendant à favoriser l'implantation d'une université privée à Abou Dhabi avec le label de Paris-Sorbonne [...] ne peut s'analyser ni comme une activité de puissance publique ou un exercice de la souveraineté de l'État ni comme un acte de gestion administrative ou un acte accompli dans l'intérêt du service public de l'éducation tel que défini à l'article 120 de la Constitution des Émirats Unis ».

Or, l'éventuelle immunité ne bénéficierait pas à l'activité de la personne privée mais à l'activité de l'État consistant en l'implantation d'une université privée et pour laquelle il a sollicité cette activité de lobbying. Cette dernière n'étant pas détachable de celle de l'État, la Cour d'appel aurait dû avoir une approche plus large de l'acte donnant lieu au litige. C'est ce qui explique que la Cour de cassation estime que les motifs retenus en appel sont impropres à établir si, par sa nature ou sa finalité, l'opération visant à créer un établissement d'enseignement supérieur au moyen d'un partenariat international participe ou non à l'accomplissement d'un acte dans l'intérêt du service public de l'éducation. L'arrêt est donc cassé et la cause et les parties sont renvoyées devant la Cour d'appel de Paris qui semble toutefois avoir déjà estimé implicitement que la création d'une université privée en partenariat avec une université étrangère est un acte accompli dans l'intérêt du service public de l'éducation.

Dans un second arrêt de la Cour de cassation déjà rapporté dans ses aspects procéduraux (Cass., soc., 23 mars 2017, n° 15-22.980, voir *supra* sous a) et, dans le même sens, CA Paris, Pôle 6, chambre 9, 26 avril 2017, n° 15/06103, n° 15/06100, *ibid.*), l'Italie critiquait le jugement du conseil de prud'hommes de Paris pour avoir écarté son immunité de juridiction en retenant que l'acte donnant lieu au litige – le paiement d'heures supplémentaires et de congés payés – s'analyse en un acte de gestion. Selon le pourvoi, il aurait fallu rechercher si le recrutement de l'intéressé par les services consulaires participait à l'exercice par l'État de ses prérogatives de puissance publique ou si l'employé exerçait des attributions qui lui conféraient une responsabilité particulière dans l'exercice du service public consulaire. Au regard de la décision des chambres mixtes *Dame Soliman*, ce moyen fondé sur le couple « exercice de prérogatives de puissance publique/exercice d'un service public » afin de déterminer le champ d'application de l'immunité avait peu de chance de prospérer (Cass., ch. mixte, 20 juin 2003, *Dame Soliman c. École saoudienne de Paris et Royaume d'Arabie saoudite*, n° 00-45.629, 00-45.630 ; note MUIR WATT, *RCDIP*, 2003, p. 647). Comme l'avait alors souligné H. Muir Watt dans la note précitée, la Cour de cassation avait en effet préféré à ce double critère celui du « rattachement de l'acte litigieux à l'exercice de la souveraineté de l'État ». Si le moyen est effectivement rejeté, la chambre sociale semble toutefois appréhender le contexte de manière plus globale en rappelant la nature de l'activité en cause (l'exercice du service public) avant de s'intéresser à l'acte précis donnant directement naissance au litige :

« Mais attendu qu'ayant relevé que le salarié avait signé un contrat de travail en qualité d'assistant administratif au service consulaire et qu'il ne participait pas au service public de l'État italien, le conseil de prud'hommes, qui en a exactement déduit que le litige, concernant le paiement d'heures supplémentaires et de congés payés, s'analysait en un acte de gestion exclusif de l'application du principe de l'immunité de juridiction, a légalement justifié sa décision ».

Il faut certainement comprendre que, contrairement à un contentieux relatif à la question de l'affiliation à un régime social français – acte litigieux dans l'affaire *Dame Soliman* précitée, celui qui porte sur le paiement d'heures supplémentaires est difficilement détachable du rapport de travail en cause et nécessite donc de prendre en compte celui-ci en plus de l'acte donnant plus immédiatement lieu au litige (sur ces aspects, voir MUIR WATT, note précitée). En définitive, l'arrêt illustre, si besoin était, que le droit des immunités peine à s'extirper de la casuistique et nécessite un constant retour aux faits.

2. Immunité des organisations internationales

a) Immunité de juridiction

Cass., soc., 13 décembre 2017, n° 15-13.098

Dans un arrêt du 13 décembre 2017, la chambre sociale de la Cour de cassation fait application de la solution dégagée dans l'affaire *Banque africaine de développement* selon laquelle une organisation internationale ne peut se prévaloir de l'immunité de juridiction dans un litige l'opposant à un salarié dès lors qu'aucun tribunal présentant des garanties d'impartialité et d'équité n'est accessible. En l'espèce, dans le cadre d'un différend l'opposant à un ancien salarié de nationalité française, la Banque Centrale des États de l'Afrique Centrale (BEAC) reproche à la Cour d'appel d'avoir écarté son immunité de juridiction prévue par les statuts de ladite banque et l'article 8 de l'accord de siège conclu avec le Cameroun et l'accord entre le gouvernement de la république française et la BEAC du 20 avril 1988 relatif

à l'établissement d'un bureau de la Banque à Paris. Selon la Banque, les juges du fond ne pouvaient mettre de côté son immunité de juridiction alors que, d'une part, l'accord de siège prévoyait, après l'existence d'un recours administratif obligatoire devant le ministre des affaires étrangères du Cameroun, la possibilité de recourir à un tribunal arbitral si la BEAC renonce à son immunité et que, d'autre part, le différend aurait pu être soumis à la Cour de justice de la Communauté économique et monétaire de l'Afrique centrale (CEMAC). La Cour de cassation fait toutefois droit à la Cour d'appel d'avoir estimé qu'au regard du refus de la BEAC durant trois ans de lever son immunité de juridiction, il existe un « risque de déni de justice fondant la compétence des juridictions françaises » et que, aux termes de son statut, la Cour de justice de la CEMAC est incompétente pour juger du différend opposant la Banque et son ancien salarié (Cass., soc., 13 décembre 2017, n° 15-13.098).

CA Colmar, ch. soc. A., 23 février 2017, n° 220/17

Le 23 février 2007, la Cour d'appel de Colmar retient quant à elle l'incompétence de la juridiction prud'homale pour connaître des demandes d'un requérant à l'encontre du Conseil de l'Europe en raison de son immunité de juridiction prévue à l'article 3 de l'accord général sur les privilèges et immunités de l'organisation signé à Paris le 2 septembre 1949 (CA Colmar, ch. soc. A., 23 février 2017, n° 220/17). Elle ne mentionne toutefois à aucun moment la possibilité de saisir le tribunal administratif du Conseil de l'Europe. Le fait que le requérant avait tenté en vain de démontrer qu'il était employé par l'organisation internationale alors qu'il était seulement affecté à la sécurité des locaux par une société de sécurité explique sans doute qu'il n'ait pas été nécessaire d'approfondir davantage la question de l'immunité d'une organisation qui n'était en définitive pas réellement partie au litige.

b) Immunité d'exécution

CAA Paris, 7 février 2017, n° 15PA04836

La saga *Cavaciuti* prendra-t-elle fin avec l'arrêt de la Cour administrative d'appel de Paris du 7 février 2017 qui confirme la responsabilité de l'État sur le fondement de la rupture d'égalité devant les charges publiques à l'égard de cet ancien employé du Haut-Commissariat aux Réfugiés de l'ONU (CAA Paris, 7 février 2017, n° 15PA04836 ; note TRANCHANT, *RGDIP*, 2018, p. 235) ? L'affaire est connue pour offrir des illustrations des possibilités d'annulation d'un décret de publication édicté en violation de l'article 53 de la Constitution (CE, 16 juin 2003, n° 246794 ; cette chronique, cet *Annuaire*, 2004, p. 880), de mise à l'écart de l'immunité de juridiction d'une organisation internationale en raison de l'éventualité d'un « déni de justice » (CA Paris, 18^e ch. A, 7 novembre 2006, n° 04/35991) et d'engagement de la responsabilité de l'État pour exécution d'une convention internationale (CAA Paris, 19 juin 2014, n° 12PA00444 ; sur les étapes de ce contentieux et les ambiguïtés et autres incertitudes de la décision relatives au droit des traités, voir TRANCHANT, note précit.). Le préjudice résultait en l'espèce de l'application de la convention du 13 février 1946 sur les privilèges et immunités des Nations Unies à laquelle renvoie l'accord conclu le 18 février 1953 entre le Gouvernement français et le HCR en vue de l'installation et du fonctionnement en France de la délégation du HCR. Cette dernière décision a par la suite été annulée par le Conseil d'État pour avoir incorrectement apprécié le caractère direct et certain du préjudice du requérant dans la mesure où la Cour administrative d'appel avait manqué de rechercher si, d'une part, une autre voie de droit pouvait être exercée et si, d'autre part, elle offrait « une chance raisonnable » de recouvrer sa créance (CE, 11 décembre 2015, cette chronique, cet *Annuaire*, 2015, p. 1019). Dans l'espèce rapportée, la Cour administrative d'appel est donc invitée par le Conseil d'État à apprécier cette double condition

afin d'établir l'existence d'un préjudice grave et spécial. Elle complète à ce titre le considérant de principe de l'arrêt d'Assemblée *Compagnie générale radio-électrique* du 30 mars 1966 avec les indications du Conseil d'État dans son arrêt de 2015 :

« Considérant que la responsabilité de l'État est susceptible d'être engagée, sur le fondement de l'égalité des citoyens devant les charges publiques, pour assurer la réparation de préjudices nés de conventions conclues par la France avec d'autres États ou avec des organisations internationales et incorporées régulièrement dans l'ordre juridique interne, à la condition, d'une part, que ni la convention elle-même ni la loi qui en a éventuellement autorisé la ratification ne puissent être interprétées comme ayant entendu exclure toute indemnisation et, d'autre part, que le préjudice dont il est demandé réparation, revêtant un caractère grave et spécial, ne puisse, dès lors, être regardé comme une charge incombant normalement aux intéressés ; que pour déterminer le caractère direct et certain du préjudice, il appartient au juge administratif de rechercher si une autre voie de droit, notamment celle de l'arbitrage, pouvait être exercée par la victime et lui offrir une chance raisonnable de recouvrer sa créance » (nous soulignons).

Les juges d'appel retiendront à nouveau la responsabilité de l'État. Pour ce faire, ils notent qu'à l'époque des faits, les contrats d'assesseur du HCR auprès de la Commission de recours des réfugiés ne contenaient pas de clauses compromissaires et que la lecture des courriers entre l'organe de l'ONU et le requérant fait apparaître une offre purement formelle de soumettre le différend à un tribunal CNUDCI sans que le requérant ait jamais été informé de la procédure et de la pratique à mettre en œuvre. En définitive, faute de véritable intention de recourir à l'arbitrage par l'organisation internationale, le requérant n'a pas pu refuser cette prétendue offre. On ne saurait donc lui opposer l'existence d'une « autre voie de droit » que celle de la saisine des juridictions françaises à l'encontre d'une entité disposant conventionnellement d'immunités. Par ailleurs, le recours à l'arbitrage n'aurait pas offert au requérant une « chance raisonnable de recouvrer sa créance ». D'une part, l'engagement des parties à exécuter les sentences qui résulte du règlement d'arbitrage CNUDCI n'entraîne pas renonciation à l'immunité d'exécution et, d'autre part, le HCR n'a jamais entendu lever son immunité d'exécution. Les règles applicables comme l'attitude du HCR le prouvent : le recours à l'arbitrage aurait conduit au même résultat. L'ancien employeur aurait en toute hypothèse pu opposer son immunité d'exécution. Enfin, la Cour administrative d'appel subjectivise ce critère du « raisonnable » comme pour mieux insister sur l'inopportunité de la recherche relative à l'existence d'une voie de droit alternative imposée par le Conseil d'État au stade de l'immunité d'exécution. Elle estime en effet « en tout état de cause » :

« qu'eu égard à la longueur de la procédure engagée par M. Cavaciuti depuis plus de seize ans, à laquelle a participé la validation de la ratification de la convention du 13 février 1946 [...], il n'est pas raisonnable d'exiger de M. Cavaciuti une nouvelle action par la voie de l'arbitrage ».

En définitive, il semble ce ne soit plus ici le caractère raisonnable de la « chance de recouvrer la créance » qui est apprécié mais plutôt celui de la nouvelle condition dérogée par le Conseil d'État pour pouvoir retenir la responsabilité de l'État. Toutefois, bien que cette condition rende plus stricte encore qu'elle ne l'était déjà l'exigence d'un préjudice grave et spécial, les juges du fond estiment en l'espèce que l'État a fait peser une charge anormale sur M. Cavaciuti en appliquant une convention internationale et qu'il doit donc être indemnisé de ce préjudice. Peut-être mettent-ils ainsi fin à une longue procédure au cours de laquelle les immunités auront été contournées dans leur principe et corrigées dans leurs conséquences ?

3. Immunité des agents de l'État

Cass., crim., 20 décembre 2017, n° 17-84.574

Cass., crim., 11 octobre 2017, n° 17-80.228

Alors qu'il est poursuivi pour des faits de corruption, M. Lamine X., président de l'Association internationale des fédérations d'athlétisme (IAAF) jusqu'à l'été 2015, fait valoir la nullité de la procédure en invoquant la violation du préambule et des articles 29 et suivants et 39 de la convention de Vienne du 18 avril 1961. Au moment de son interpellation, il était en effet détenteur d'un passeport diplomatique délivré par la République sénégalaise en sa qualité de président de l'IAAF. La chambre de l'instruction souligne toutefois qu'il ne peut justifier d'aucune fonction ou mission remplie au service de l'État sénégalais depuis une quinzaine d'années et que, selon le ministère des affaires étrangères français, il ne fait l'objet d'aucune protection diplomatique particulière en France. Sans remettre en cause la validité du passeport, la juridiction estime « que ses effets relèvent de l'appréciation souveraine de l'autorité judiciaire à laquelle il est opposé dans le respect de la coutume internationale » et que « la détention d'un passeport diplomatique ne suffit pas en soi à entraîner une immunité absolue de juridiction, ni à conférer le statut d'agent diplomatique au sens de la convention de Vienne du 18 avril 1961 ». La Cour de cassation valide cette appréciation en ajoutant que la chambre de l'instruction n'était pas tenue d'interroger les autorités sénégalaises (*Cass., crim., 20 décembre 2017, n° 17-84.574 ; note MONDOU, Jurisport, 2018, n° 183, p. 9*).

Dans un arrêt rendu quelques semaines plus tôt, la chambre criminelle rejette le moyen invoquant la violation des « principes coutumiers internationaux d'immunité et d'inviolabilité des chefs d'État et des personnes occupant un rang élevé dans l'État » dans la mesure où le requérant était « sans qualité pour se prévaloir de l'immunité de juridiction dont pourraient bénéficier des tiers » (*Cass., crim., 11 octobre 2017, n° 17-80.228*). Les immunités pénales étaient en effet invoquées en l'espèce par une personne qui n'en bénéficie pas. L'argument n'en était pas moins intéressant au regard du droit international et l'appréciation portée par la chambre de l'instruction pourrait certainement être discutée (on se contentera de les mentionner). Le requérant invoquait la nullité de la procédure portée à son encontre dans la mesure où elle était fondée sur des interceptions de conversations téléphoniques avec un chef d'État en exercice. Or, la chambre de l'instruction avait rejeté le moyen en estimant que l'immunité pénale du chef d'État n'interdit pas l'interception et la transcription de conversations téléphoniques qu'il a eues avec le requérant sur les lignes interceptées en France et dont il n'était aucunement titulaire. En se fondant, à raison, sur le terrain de la qualité pour invoquer le bénéfice des immunités, la chambre criminelle évite ainsi d'entrer dans une discussion qui, surtout s'agissant de la transcription des écoutes, n'est peut-être pas si évidente.

Section II : L'arbitrage international

1. Double nationalité de l'investisseur

CA Paris, pôle 1, 1^e ch., 25 avril 2017, République bolivarienne du Venezuela c. Monsieur Serafín García Armas et Mme Karina García Gruber, RG n° 15/01040

Des questions de nationalité (de personnes physiques ou morales) sont fréquemment soulevées dans le contexte du contentieux international de l'investissement, dans le but de déterminer si l'instrument international sur le fondement duquel la procédure arbitrale a été initiée est applicable à l'investisseur. Cette question

est au cœur de l'affaire *García Armas* devant la Cour d'appel de Paris (CA Paris, pôle 1, 1^{re} ch., 25 avril 2017, *République bolivarienne du Venezuela c. Monsieur Serafín García Armas et Mme Karina García Gruber*, RG n° 15/01040 ; *Cah. Arb.*, 2017, p. 386 ; comm. CAZALA, *RGDIP*, 2017, p. 933 ; obs. LAZOUZI, *Rev. Arb.*, 2017, p. 648 ; obs. BENSUADE, *Gaz. Pal.*, 2017, n° 27, p. 31). Les consorts García avaient initié contre le Venezuela une procédure arbitrale (administrée par la Cour permanente d'arbitrage) suivant le règlement d'arbitrage CNUDCI dans le but d'obtenir réparation du préjudice prétendument né de mesures prises par les autorités de Caracas à l'encontre de deux entreprises dont ils sont les propriétaires. La décision par laquelle le tribunal arbitral, siégeant à Paris, reconnaît sa compétence (CPA CNUDCI, *Serafín García Armas et Karina García Gruber c. Venezuela*, n° 2013-3, décision sur la compétence, 15 décembre 2014) est contestée par le Venezuela devant la Cour d'appel de Paris.

Les effets de la double nationalité sont au cœur du recours. M. García, né en 1944 en Espagne de parents espagnols s'est installé en 1961 au Venezuela et a acquis la nationalité de cet État en 1972, date à laquelle ni l'Espagne, ni le Venezuela, ne reconnaissent la double-nationalité. Sa fille, Mme K. García, de nationalité vénézuélienne est née en 1980 au Venezuela et a acquis en 2003 la nationalité espagnole. Il n'est pas contesté que tous deux sont binationaux hispano-vénézuéliens lorsqu'ils initient la procédure arbitrale en 2012. Le règlement d'arbitrage de la CNUDCI et le TBI Espagne-Venezuela sont silencieux sur la binationalité. La Cour d'appel relève que le Venezuela ne démontre pas que « se dégagerait des traités passés en matière de protection des investissements, de la pratique des États, ainsi que des décisions de justice internationale, un principe coutumier contemporain de prohibition générale pour les ressortissants d'un État d'attirer celui-ci dans une instance internationale ». Le fait que quelques très rares traités d'investissement auxquels sont parties le Venezuela ou l'Espagne excluent expressément de leur champ d'application les personnes physiques ayant la nationalité de chacune des deux parties au traité vient évidemment affaiblir considérablement la thèse défendue par le Venezuela. Ainsi, sur le fondement du TBI Espagne-Venezuela, il faut et il suffit que les investisseurs soient dotés de la nationalité espagnole pour pouvoir déposer une requête d'arbitrage à l'encontre du Venezuela.

Le Venezuela tente d'affirmer qu'un principe coutumier viendrait priver les consorts García de la possibilité d'initier une procédure arbitrale contre le Venezuela au motif que leur nationalité vénézuélienne serait prépondérante sur leur nationalité espagnole. La pratique contemporaine du contentieux investisseur-État ne permet pas de soutenir la prétention des autorités de Caracas sur ce point. Mais, dans l'*Affaire des personnes ayant une double nationalité*, le tribunal des différends irano-américains avait affirmé qu'à moins qu'il n'y ait une exception claire, le principe de nationalité effective et dominante s'applique dans les cas de double-nationalité, et était déterminé par tous les liens pertinents, incluant la résidence habituelle, le centre d'intérêt, les liens familiaux, la participation à la vie publique et toute autre preuve de lien (Iran-USCT, aff. n° A/18, 6 avril 1984). La position ainsi exprimée pourrait appuyer la thèse défendue par le Venezuela, mais celle-ci est très isolée et repose sur une forme ambiguë de glissement du droit de la protection diplomatique vers le droit de l'arbitrage. La Cour d'appel de Paris, comme le tribunal arbitral avant elle (CPA, décision, § 174), écarte l'argument en indiquant que le Venezuela ne démontre pas, réservée l'hypothèse de la fraude, qu'il :

« existerait un consensus international, en matière d'arbitrage d'investissement, sur le principe de la nationalité effective, suivant lequel seuls des liens solides, multiples et durables, de nature juridique, économique et sociale permettraient à une personne

physique de revendiquer dans une instance internationale la nationalité d'un État dont elle est formellement ressortissante ».

Le principe de la nationalité effective et dominante déclaré inapplicable, la Cour ne pouvait que constater que le TBI Venezuela-Espagne permet à un investisseur dont la nationalité espagnole est établie d'initier une procédure arbitrale contre le Venezuela, même s'il est par ailleurs un ressortissant de ce dernier État et entretient avec celui-ci des liens plus intenses qu'avec le premier.

Le Venezuela, prenant appui sur l'opinion dissidente de l'arbitre Oreamuno Blanco, parvint à convaincre la Cour d'appel de Paris d'annuler la décision sur la compétence « en tant qu'elle décide que les actifs litigieux sont des investissements au sens du traité, sans considération de la nationalité des investisseurs à la date où ils ont procédé à leurs investissements ». La majorité du tribunal arbitral avait considéré que la nationalité espagnole des demandeurs étant établie à la date des faits litigieux (mai et juin 2010) ainsi que lors du dépôt de la requête (octobre 2012), ceux-ci remplissaient la condition de nationalité posée à l'article I du TBI. Le Venezuela soutenait quant à lui, devant le tribunal arbitral et devant la Cour, que la nationalité espagnole devait également être établie à la date de l'investissement. « La majorité du tribunal ne considère pas comme [pertinent], aux effets de la présente Sentence sur la compétence, de s'enquérir de la nationalité des Demandeurs aux dates auxquelles ils ont effectué leurs investissements au Venezuela, du fait que ces dates ne constituent pas un facteur déterminant pour décider de l'application du [TBI] » (CPA, décision, § 214). L'arbitre dissident Oreamuno Blanco estimait « qu'il n'y a pas le moindre doute sur le fait que, pour considérer qu'une personne est un investisseur et par conséquent, que son investissement est protégé par [le TBI], elle doit détenir la nationalité d'une des Parties contractantes quand elle réalise son investissement sur le territoire de l'autre Partie » (opinion dissidente, § 9). La Cour d'appel reprend cette idée en indiquant se fonder sur la notion même d'investissement telle qu'elle est posée par le TBI applicable. Elle affirme que « l'investissement n'est pas un actif simplement 'détenu' par un investisseur de l'autre partie contractante – ce qui exclurait toute référence à la date d'acquisition –, mais un actif 'investi' par un investisseur de l'autre Partie contractante – ce qui renvoie nécessairement à une condition de nationalité de l'investisseur à la date de l'investissement ». La pertinence du raisonnement de la Cour d'appel de Paris tiendrait à la formulation particulière de la définition de l'investissement protégé dans le TBI. L'article I(2) du traité Venezuela-Espagne de 1995 dispose que « [l]e terme 'investissements' désigne tout type d'actifs, *investis* par des *investisseurs d'une Partie contractante sur le territoire de l'autre Partie contractante* et, en particulier, bien que non exclusivement, les suivants : [...] » (italiques ajoutés). Devraient ainsi coïncider dans le temps la possession de la nationalité d'une partie et la réalisation de l'investissement sur le territoire de l'autre partie. Toute autre aurait été la solution si, comme cela est parfois le cas, le TBI s'était contenté de faire état d'actifs détenus. Le TBI Venezuela-France notamment retient que « [l]e terme 'investissement' désigne tous les avoirs, tels que les biens, droits et intérêts de toute nature et, plus particulièrement mais non exclusivement : [...] » (*Accord entre le Gouvernement de la République française et le gouvernement de la République bolivarienne du Venezuela sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements*, 2 juillet 2001, art. 1.1). Compte tenu des nombreux mouvements d'actionnaires organisés entre 1972 et 2006 au sein même de la famille Garcia, les conséquences de cette solution très stricte sont pour l'heure difficiles à apprécier.

2. Restructuration de l'investisseur

CA Paris, pôle 1, 1^{re} ch., 7 février 2017, République bolivarienne du Venezuela c. Société Gold Reserve Inc., RG n° 14/21103

Le Venezuela cherche à obtenir devant la Cour d'appel de Paris l'annulation d'une sentence rendue en 2014 à Paris par un tribunal du mécanisme supplémentaire du CIRDI saisi sur le fondement du TBI Canada-Venezuela. Le tribunal avait accordé à l'investisseur plus de 700 millions de dollars (hors intérêts et frais d'arbitrage) en réparation de la violation du traitement juste et équitable par les autorités de Caracas qui avaient prématurément mis un terme à un contrat de concession minière attribuée au demandeur. Plusieurs motifs d'annulation sont avancés par le Venezuela : le tribunal serait incompétent (défaut de la condition de nationalité et défaut de la condition de réalisation d'un investissement sur le territoire du Venezuela), aurait violé le principe du contradictoire et les arbitres auraient violé leur mission. Bien que la Cour d'appel (CA Paris, pôle 1, 1^{re} ch., 7 février 2017, *République bolivarienne du Venezuela c. Société Gold Reserve Inc.*, RG n° 14/21103 ; comm. CAZALA, *RGDIP*, 2018, n° 1 ; obs. PEDONE, FOURET, *Cah. Arb.*, 2017, p. 132 ; GOUFFES, CHATELAIN, « L'annulation en France de sentences arbitrales rendues sur le fondement des traités d'investissement », *Rev. Arb.*, 2017, p. 839) décide de ne pas faire droit à la demande du Venezuela, d'intéressantes questions de droit international de l'investissement sont évoquées dans l'examen des premier et troisième moyens.

Quant au premier moyen relatif à l'incompétence du tribunal, le Venezuela estime que l'investisseur ne pouvait prétendre fonder son recours sur l'offre d'arbitrage contenue dans le traité bilatéral d'investissement conclu entre le Canada et le Venezuela dans la mesure où l'entreprise titulaire des titres miniers ne serait pas canadienne. Se fondant sur le libellé de la disposition conventionnelle relative à l'identification des investisseurs canadiens, la Cour d'appel va adopter une position assez libérale en accord avec le libellé très ouvert du TBI applicable. Celui-ci retient une condition de nationalité très peu exigeante pour les personnes morales canadiennes. Il dispose que « investisseur » désigne dans le cas du Canada, [...] ii) une entreprise dûment constituée conformément aux lois applicables au Canada qui effectue un investissement sur le territoire du Venezuela sans avoir la citoyenneté vénézuélienne » (art. I.g.ii). La Cour d'appel de Paris relève que le TBI exigeant uniquement une constitution de la société conformément au droit canadien, le critère serait satisfait dès lors qu'il n'est pas contesté que Gold Reserve « est une société minière constituée en 1998 en vertu des lois du Territoire du Yukon (Canada) ». Le tribunal avait conclu dans le même sens que « *[i]n the Tribunal's view, Gold Reserve is a Canadian entity within the definition of investor provided in the BIT. As many previous ICSID tribunals have found, where the test for nationality is 'incorporation' as opposed to control or a 'genuine connection', there is no need for the tribunal to enquire further unless some form of abuse has occurred* » (sentence, § 252). Une telle définition de l'investisseur « national » est évidemment favorable à celui-ci mais des correctifs peuvent exister. Il est ainsi acquis que la satisfaction du critère de l'incorporation pourra être écartée si celle-ci est purement fictive ou procède d'un abus de droit. Il s'agit ainsi de déterminer si une société *offshore* peut se prévaloir du bénéfice d'un traité bilatéral d'investissement et de savoir si une société peut procéder à une restructuration pour bénéficier d'un TBI. Les deux questions sont très disputées et peuvent illustrer certaines des critiques les plus vives adressées au droit international contemporain de l'investissement. La Cour d'appel va considérer que les circonstances de l'espèce ne justifient pas que l'on retienne le caractère fictif ou abusif de l'incorporation de Gold Reserve au Canada. Elle relève pour cela que les investisseurs au sein de Gold Reserve sont majoritai-

rements canadiens, que la société est certes cotée à New York mais aussi à Toronto et que le projet minier objet du différend a été en majorité financé par une levée de capitaux sur le marché canadien. S'il n'est pas décisif, le fait que le gouvernement fédéral canadien soit intervenu auprès du gouvernement vénézuélien pour tenter de régler le différend participe à la mise à l'écart de l'argument du caractère fictif de l'incorporation. Dès lors, « même si le siège social et le centre décisionnel de la société se trouvent aux États-Unis et si la majorité des dirigeants a la nationalité américaine, il ne peut être soutenu que [Gold Reserve] n'aurait été que le véhicule canadien d'un investissement américain au Venezuela ». La solution n'est pas contestable tant le traité bilatéral Canada-Venezuela apparaît libéral mais il est certain qu'une telle position tranche assez clairement avec les évolutions contemporaines du droit international de l'investissement qui voient les États tenter de restreindre la possibilité pour une société *offshore* de bénéficier de la protection des traités bilatéraux d'investissement conclus par l'État d'incorporation. Ainsi, la multiplication des clauses de déni des avantages ouvre aux États la possibilité de s'assurer que les sociétés auxquelles ils permettent de bénéficier d'une protection internationale entretiennent avec eux une relation qui n'est pas fictive. Lorsque ne figure pas une clause de déni des avantages, il est possible pour les États parties à l'accord de poursuivre le même objectif en exigeant expressément une activité économique réelle ou substantielle de la société dans l'État d'incorporation. Il peut s'agir ainsi d'insérer dans le traité une disposition aux termes de laquelle « 'investisseur' désigne, en ce qui concerne chaque Partie : [...] les entités juridiques, y compris les sociétés, les sociétés enregistrées, les sociétés de personnes ou autres organisations, qui sont constituées ou organisées de toute autre manière conformément à la législation de cette Partie, et qui ont leur siège, en même temps que des activités économiques réelles, sur le territoire de cette même Partie » (*Accord entre la Confédération suisse et la République de Colombie concernant la promotion et la protection réciproque des investissements*, Berne, 17 mai 2006, art. 1.2.b). Ainsi, bien que certains observateurs de l'arbitrage estiment que « cette analyse du caractère réel ou fictif d'une société se prévalant d'un traité d'investissement apparaît relativement inédite en arbitrage d'investissement » (GOUIFFES, CHATELAIN, *op. cit.*, p. 860), on peut penser qu'elle s'inscrit dans un mouvement déjà très riche et appelé à se généraliser tant les instruments (re)négociés le plus récemment marquent la volonté des États de circonscrire de la manière la plus nette la communauté des investisseurs protégés.

L'hypothèse de l'abus de droit vise la situation dans laquelle une société procéderait à une restructuration dans le but de bénéficier de la protection d'un traité international et de l'offre d'arbitrage qu'il renferme. La Cour d'appel de Paris se contente d'indiquer qu'à la date de la restructuration (1999), il n'existait pas de différend entre Gold Reserve et le Venezuela. La formule retenue par la Cour (identique à celle qui avait été retenue par le tribunal arbitral, sentence, § 252) est plus restrictive que celle la plus fréquemment mobilisée par les tribunaux arbitraux d'investissement qui considèrent que serait abusive la restructuration réalisée alors qu'un différend existe ou est « raisonnablement prévisible » (CPA, *Philip Morris Asia Ltd c. Australie*, n° 2012/2, sentence sur la compétence et la recevabilité, 17 décembre 2015, §§ 585-588). Dans l'affaire *Gold Reserve*, en insistant sur le délai de presque dix ans s'étant écoulé entre la restructuration et la naissance du différend, la Cour d'appel de Paris écarte implicitement l'hypothèse d'un différend « raisonnablement prévisible » à la date de la restructuration. Mais au-delà des circonstances de l'espèce, il semble que la jurisprudence de la Cour ne retienne pas cette notion, certes d'un maniement délicat, mais évidemment nécessaire à la caractérisation d'une restructuration abusive (CA Paris, pôle 1, ch. 1, 29 novembre 2016, *État d'Ukraine c. Société Pao Tatneft* ; *Rev. Arb.*, 2017, p. 500).

Quant au moyen tiré de la méconnaissance par les arbitres de leur mission, le Venezuela estimait que le tribunal avait fondé sa décision sur des « inspirations idéologiques » et aurait motivé la sentence en équité et non en droit. L'argument, pour le moins fragile consistait à affirmer que la référence à l'exigence de traitement juste et équitable de l'investisseur par l'État serait le signe d'un affranchissement de la règle de droit et d'une inscription dans le registre de l'équité. Le moyen est évidemment bien peu convaincant tant le standard du traitement juste et équitable, inscrit dans le TBI Canada-Venezuela, est bien établi en droit international de l'investissement dont il constitue l'un des piliers. Relevant de la catégorie du standard, on ne peut nier la relativité de son interprétation, mais une abondante jurisprudence relative à celui-ci permet d'en identifier les principaux éléments.

3. Exécution d'une sentence arbitrale et soupçons de blanchiment

CA Paris, pôle 1, 1^{re} ch., 21 février 2017, République du Kirghizstan c. Monsieur Valeriy Belokon, RG n° 15/01650

M. Belokon, de nationalité lettone avait remporté en 2007 un appel d'offres lancé par les autorités kirghizes pour acquérir et redresser une banque locale. À la suite du renversement du chef de l'État kirghiz, la banque nationale du Kirghizstan adopte des sanctions contre cette banque et le parquet de Bichkek ouvre des poursuites pénales à l'encontre de M. Belokon et de plusieurs dirigeants de la banque pour des délits de fraude et blanchiment d'argent. En 2011, M. Belokon engage une procédure arbitrale CNUDCI (règlement d'arbitrage de 1976) sur le fondement du TBI Lettonie-Kirghizstan.

Un tribunal arbitral ayant son siège à Paris rend une sentence arbitrale par laquelle il condamne le Kirghizstan à verser à M. Belokon 15,02 millions de dollars (hors intérêts et frais d'arbitrage) en réparation du préjudice subi du fait de l'atteinte portée à son investissement (*Valeri Belokon c. Kirghizistan*, CNUDCI, sentence, 24 octobre 2014). La décision rendue par la Cour d'appel de Paris (*CA Paris, pôle 1, 1^{re} ch., 21 février 2017, République du Kirghizstan c. Monsieur Valeriy Belokon, RG n° 15/01650* ; GAILLARD, « La corruption saisie par les arbitres du commerce international », *Rev. Arb.*, 2017, p. 809 ; note AUDIT, BOLLÉE, *Rev. Arb.*, 2017, p. 915 ; comm. CAZALA, *RGDIP*, 2018, n° 1 ; obs. BENSAUDE, *Gaz. Pal.*, 2017, n° 27, p. 32 ; note BOUCOBZA, SERINET, *Revue des contrats*, 2017, p. 304 ; chron. ORTSCHIEDT, SERAGLINI, *JCP G*, n° 50, p. 1326 ; comm. WEILLER, *Procédures*, 2017, n° 11, p. 21) sur la demande d'annulation de la sentence est d'une telle importance qu'elle fait dire à Emmanuel Gaillard que « [l]a période de décalage entre la réprobation internationale [de la corruption] affichée et la timidité réelle de la pratique arbitrale s'est refermée avec l'arrêt *Belokon* rendu par la Cour d'appel de Paris le 21 février 2017 dans la matière voisine du blanchiment » (GAILLARD, *loc. cit.*, p. 809). La formule retenue illustre bien le caractère novateur de la solution dégagée dans cette affaire saluée par ailleurs comme étant « un développement majeur de la Cour d'appel de Paris » (AUDIT, BOLLÉE, *op. cit.*, p. 931).

Le tribunal arbitral avait considéré qu'en l'absence de preuves concrètes et décisives, les allégations de corruption et de blanchiment d'argent n'avaient pas été établies par l'État kirghiz (sentence, § 163). L'État cherche à obtenir l'annulation de la sentence sur le fondement de l'article 1520.5° du code de procédure civile qui prévoit une telle sanction lorsque « [l]a reconnaissance ou l'exécution de la sentence est contraire à l'ordre public international ». Dans une décision très motivée, la Cour d'appel énonce que « la prohibition du blanchiment est au nombre des principes dont l'ordre juridique français ne saurait souffrir la violation même dans un contexte international ; qu'elle relève, par conséquent de l'ordre public international ».

Dans le cadre de la procédure arbitrale, l'État défendeur avait construit toute sa défense sur l'allégation d'illicéité des agissements de M. Belokon. Il lui était en effet reproché d'avoir utilisé la Manas Bank pour blanchir massivement des fonds d'origine douteuse. La Cour relève que « la lutte contre le blanchiment d'argent provenant d'activités délictueuses fait l'objet d'un consensus international » dont témoigne l'adoption de la convention de Mérida (*Convention des Nations Unies contre la corruption*, Mérida, 9 décembre 2003). Celle-ci n'est évidemment pas le seul instrument international à poser les principes d'une réprobation de telles pratiques et la Cour aurait pu tout autant faire état de la convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales (21 novembre 1997, art. 7) ou la convention pénale du Conseil de l'Europe sur la corruption (27 janvier 1999, art. 13). L'inclination de la Cour d'appel à privilégier la référence à la convention de Mérida tient sans doute à ce que celle-ci a été largement signée et ratifiée, notamment par la France et le Kirghizstan.

La Cour d'appel précise que l'établissement d'une violation de l'ordre public international « n'est pas subordonné à l'intervention d'une condamnation pénale du chef de blanchiment » ; il s'agit seulement pour le juge de l'annulation de s'assurer que l'exécution de la sentence n'est pas de nature à faire bénéficier une partie de produits d'activités délictueuses. Le juge de l'annulation jouit d'une réelle liberté dans ce contexte puisque la Cour d'appel précise que la « recherche, menée pour la défense de l'ordre public international, n'est pas limitée aux éléments de preuve produits devant les arbitres, ni liée par les constatations, appréciations et qualifications opérées par ceux-ci ». Mais la Cour ne saurait évidemment se transformer en juge pénal ou se substituer à celui-ci ; il ne lui appartient en aucun cas d'établir la culpabilité de l'investisseur au regard du droit kirghiz. Le fait que l'illicéité de l'opération d'investissement n'ait pas été retenue par le tribunal arbitral et que les faits de blanchiment n'aient pas à cette date (M. Belokon a par la suite – mai 2017 – été condamné à 20 ans de prison en première instance par la justice kirghize pour des faits de blanchiment, évasion fiscale et fraude) été établis par les juridictions pénales kirghizes place évidemment le juge français dans une position délicate. Mais ainsi que le relèvent M. Audit et S. Bollée, « [il] est manifeste que cette annulation n'a pas été prononcée à la légère » (AUDIT, BOLLÉE, *op. cit.*, p. 931).

La Cour d'appel recourt à un faisceau d'indices pour considérer que l'exécution de la sentence permettrait à M. Belokon de bénéficier du produit d'activités délictueuses. Les faits, tels qu'ils sont recensés et présentés par la Cour d'appel de Paris, semblent particulièrement accablants pour l'investisseur et marquent la collusion avec l'ancien pouvoir kirghiz. Sur le fondement d'indices graves, précis et concordants, la Cour d'appel de Paris conclut que la banque kirghize a été reprise par M. Belokon afin de développer des pratiques de blanchiment dans un environnement qui lui était favorable du fait de ses relations privilégiées avec l'entourage familial du chef de l'État. Dans de telles circonstances, la reconnaissance ou l'exécution de la sentence aurait pour effet de faire bénéficier l'investisseur du produit d'activités délictueuses de cette nature, violant « de manière manifeste, effective et concrète l'ordre public international ».

Le tribunal arbitral de l'affaire Belokon semblait avoir été particulièrement ferme dans l'exposé de son traitement de la question en affirmant que « [s] des preuves substantielles et probantes d'une implication active de Manas Bank dans des activités de blanchiment d'argent avaient été produites devant le Tribunal, la demande déposée dans le cadre du TBI aurait pu être rejetée. Il n'est pas besoin de rappeler que la protection des investissements n'a pas pour objectif de bénéficier à des criminels ou à des investissements reposant sur ou menés par des activités criminelles » (sentence, § 158, traduction). Bien qu'énoncé avec vigueur, le

principe n'avait entraîné aucune conséquence sur l'issue de la procédure arbitrale, le tribunal ne rejetant ni sa juridiction ni la prétention au fond de l'investisseur (seul le montant de la réparation accordée est en décalage avec les prétentions du demandeur).

L'annulation de la sentence est spectaculaire. On sait que les soupçons de corruption sont parfois très présents au cours des instances arbitrales, mais ceux-ci prospèrent rarement et l'on a pu parfois dénoncer une relative indifférence des arbitres à l'égard de ces questions. Sans le dire de manière trop directe, la Cour d'appel de Paris semble considérer que le tribunal arbitral a été peu regardant sur la nature des activités de l'investisseur. L'époque aurait changé et la décision *Kirghizstan c. Belokon* en serait le symbole. Il est sans doute trop tôt pour affirmer que l'arrêt de la Cour d'appel de Paris pourra rayonner sur l'ensemble de l'arbitrage international d'investissement. Mais il est manifeste qu'il envoie un signal fort à la communauté de l'arbitrage et appelle à une pleine prise de conscience de celle-ci.

4. Arbitrage et personne publique

TC, 24 avril 2017, Syndicat mixte des aéroports de Charente c. Société Ryanair Limited et Airport Marketing Services Limited, n° 4075

Depuis plusieurs années, cette chronique rend compte de la jurisprudence relative à l'arbitrage international concernant une personne publique (cette chronique, cet *Annuaire*, 2010, p. 881 ; cette chronique, cet *Annuaire*, 2011, p. 745 ; cette chronique, cet *Annuaire*, 2016, p. 759). La question continue d'animer la jurisprudence du Tribunal des conflits, à nouveau appelé à se prononcer sur le partage de compétence entre l'ordre judiciaire et l'ordre administratif (TC, 24 avril 2017, *Syndicat mixte des aéroports de Charente c. Société Ryanair Limited et Airport Marketing Services Limited*, n° 4075 ; obs. DE MONTECLER, *AJDA*, 2017, p. 839 ; note GAUDEMET, *Rev. Arb.*, 2017, p. 883 ; chron. ODINET, ROUSSEL, *AJDA*, 2017, p. 981 ; chron. ORTSCHIEDT, SERAGLINI, *JCP G*, n° 50, p. 1326 ; comm. DEVILLERS, *Contrats et marchés publics*, 2017, comm. 176 ; comm. WEILLER, *Procédures*, 2017, n° 7, p. 36 ; chron. ÉVEILLARD, *JCP G*, 2017, n° 37, doct. p. 911 ; obs. HUL, *AJCT*, 2017, p. 402).

Il s'agit cette fois de se prononcer sur l'exequatur en France d'une sentence arbitrale portant sur un contrat mettant en jeu les intérêts du commerce international conclu entre une personne publique française et une personne de droit étranger. Une telle procédure relève en principe du juge judiciaire. Mais, dans le prolongement de ce qui avait été affirmé concernant les recours dirigés contre une sentence arbitrale, le Tribunal des conflits affirme que « dans le cas où le contrat à l'origine du litige sur lequel l'arbitre s'est prononcé est soumis aux règles impératives du droit public français relatives à l'occupation du domaine public ou à celles qui régissent la commande publique, le recours contre la sentence rendue en France et la demande d'exequatur relèvent de la compétence de la juridiction administrative ». Le Tribunal des conflits établit en l'espèce que les contrats en cause sont constitutifs d'un marché public, et renvoie de ce fait la demande d'exequatur présentée par Ryanair et Airport Marketing services au juge administratif.

Section III : L'entraide pénale internationale : l'extradition

1. Exigence de double incrimination

Cass., crim., 21 mars 2017, n° 16-87.722

Pour qu'il soit fait droit à une demande d'extradition, constante est l'exigence de satisfaction de la condition de double incrimination (art. 696-3 du code de procédure pénale). Le Conseil d'État précise régulièrement que « le respect du principe de la double incrimination par la législation de l'État requérant et par celle de l'État requis n'implique pas que la qualification pénale des faits soit identique dans ces deux législations, mais requiert seulement qu'ils soient incriminés par l'une et l'autre et satisfassent aux pénalités encourues » (CE, 27 juillet 2005, n° 272098). La chambre criminelle de la Cour de cassation se prononce dans le même sens dans un arrêt du 21 mars 2017 (Cass., crim., 21 mars 2017, n° 16-87.722 ; obs. BRACHTHIEL, *AJ Pénal*, 2017, p. 296). Un mandat d'arrêt avait été émis par les autorités éthiopiennes contre une personne accusée d'escroquerie. Or, la demande d'extradition adressée à la France à la suite de l'arrestation faisait état de « crime d'utilisation de chèque sans garantie ». Il ressort de l'arrêt qu'il appartient à la chambre de l'instruction de vérifier si la matérialité des faits énoncés dans la demande d'extradition est susceptible d'une qualification pénale au regard du droit français, indépendamment de la qualification juridique retenue par l'État requérant.

2. Bénéfice de la protection subsidiaire et extradition

CE, 30 janvier 2017, M. Kastriot Gjini, n° 394172

L'articulation du droit de l'asile et des réfugiés avec les mécanismes d'entraide pénale internationale est toujours aussi délicate. En 2016, la Cour de cassation avait considéré que la reconnaissance du statut de réfugié ne permettait pas de faire échec à une demande d'exécution d'un mandat d'arrêt européen (Cass., crim., 12 juillet 2016, *Gregoryan Y.*, n° 16-84.000 ; cette chronique, cet *Annuaire*, 2016, p. 765). Dans une affaire tranchée en 2017, le Conseil d'État a été confronté à une demande d'extradition d'une personne à laquelle les autorités françaises avaient accordé le bénéfice de la protection subsidiaire.

On sait que le Conseil d'État refuse l'extradition d'un réfugié vers son pays d'origine sur le fondement des principes généraux de droit applicables aux réfugiés (CE, 1^{er} avril 1988, *Bereciartua-Écharri*, n° 85234, *rec.*, p. 135 ; cette chronique, cet *Annuaire*, 1989, p. 874). Dans un arrêt du 30 janvier 2017, le Conseil d'État affirme que « les principes généraux du droit de l'extradition font obstacle à ce qu'une personne bénéficiant de la protection subsidiaire puisse faire l'objet, aussi longtemps qu'il n'a pas été mis fin à cette protection, d'une extradition vers son pays d'origine » (CE, 30 janvier 2017, *Kastriot Gjini*, n° 394172 ; obs. POUPEAU, *AJDA*, 2017, p. 204 ; obs. OTERO, *AJ Pénal*, 2017, p. 195 ; chron. DUTHELLET DE LAMOTHE, ODINET, *AJDA*, 2017, p. 521 ; chron. SANTULLI, *RFDA*, 2017, p. 1003). Le Conseil d'État procède ainsi, fort logiquement, à l'annulation du décret d'extradition d'un ressortissant albanais auquel l'Office français de protection des réfugiés et des apatrides avait accordé la protection subsidiaire du fait des risques de vendetta (pratique albanaise du *Kanun*) auxquels celui-ci pourrait être exposé en cas de retour dans son pays.

Si l'apparence de continuité entre les solutions *Bereciartua-Écharri* et *Kastriot Gjini* est évidente, on doit relever que dans le premier cas, le Conseil fonde la solution sur les principes généraux du droit applicables aux réfugiés, tandis que dans la seconde, le fondement est à trouver dans les principes généraux du droit

de l'extradition. Ainsi, comme dans l'affaire *Arakelian* (CE, 18 décembre 2008, *OFFRA c. Mme Ananian épouse Arakelian*, n° 283245, au sujet du principe de l'unité de famille), le Conseil d'État marque bien l'impossibilité pour les bénéficiaires de la protection subsidiaire de se fonder sur les principes généraux du droit des réfugiés.

On mentionnera que le même jour, le Conseil d'État s'est également prononcé sur la demande du frère de Kastriot Gjini, M. Aleksander Gjini, qui n'avait, lui, pas présenté de demande d'asile avant son interpellation. Considérant que le requérant n'apportait pas la preuve que les risques invoqués de vengeance en cas de retour en Albanie étaient de nature à faire obstacle à sa remise aux autorités albanaises dans le cadre de la procédure d'extradition, le Conseil d'État rejeta son recours (CE, 30 janvier 2017, *Aleksander Gjini*, n° 394173).

3. Extradition pour motif politique

CE, 9 juin 2017, n° 404896

L'arrêt *Abliazov* du Conseil d'État avait permis à la Haute juridiction de rappeler le droit, sur le fondement de la convention européenne d'extradition, de s'opposer aux demandes d'extradition adressées pour motifs politiques (CE, 9 décembre 2016, *Abliazov*, n° 394399 ; cette chronique, *cet Annuaire*, 2016, p. 763). Un contexte analogue se présente dans un arrêt rendu par le Conseil d'État en juin 2017 (CE, 9 juin 2017, n° 404896 ; *chron. SANTULLI, RFDA*, 2017, p. 1003). Les autorités françaises font droit à une demande d'extradition d'un ressortissant russe présentée par la Russie. Pour s'y opposer, le requérant défend que la demande d'extradition reposerait sur des motifs politiques et que les accusations de trafic de stupéfiants qui sont portées contre lui ne seraient qu'une manœuvre des autorités russes.

Le Conseil d'État rappelle la disposition pertinente de la convention européenne d'extradition (art. 3.2) : « si la partie requise a des raisons sérieuses de croire que la demande d'extradition motivée par une infraction de droit commun a été présentée aux fins de poursuivre ou de punir un individu pour des considérations de race, de religion, de nationalité ou d'opinions politiques ou que la situation de cet individu risque d'être aggravée pour l'une ou l'autre de ces raisons ». Ainsi que le relève C. Santulli, l'arrêt présente l'intérêt majeur de bien marquer, alors que cela était absent de l'arrêt *Abliazov*, l'équivalence entre les règles conventionnelles et constitutionnelles en matière d'extradition pour motif politique (*SANTULLI, chron. préc.*, p. 1003).

4. Application des traités d'extradition dans le temps

CE, 17 mai 2017, n° 403885

La Corée du sud est devenue partie à la convention européenne d'extradition le 29 septembre 2011 (applicable à partir du 29 décembre 2011) et avait conclu avec la France un traité d'extradition le 6 juin 2006 (entré en vigueur le 1^{er} juin 2008). Un décret d'extradition faisant droit à une demande d'extradition d'une ressortissante coréenne présentée par les autorités de Séoul est adopté par le Premier ministre français le 29 juin 2016. Dans le cadre de l'examen de la contestation de cet acte, le Conseil d'État s'interroge sur des questions d'articulation d'engagements internationaux (CE, 17 mai 2017, n° 403885 ; *chron. SANTULLI, RFDA*, 2017, p. 1003)

Le Conseil d'État se fonde exclusivement sur la convention européenne d'extradition en affirmant :

« qu'en application de son article 28, la convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957 s'est substituée, en ce qui concerne les rapports entre la France et la République de Corée, à la suite de l'adhésion de la République de Corée à cette convention [...] à la convention entre la République française et la République de Corée relative à l'extradition du 6 juin 2006 ; que l'appréciation de la légalité du décret attaqué ne peut donc être faite au regard des stipulations de cette convention bilatérale ayant cessé de produire effet mais doit l'être au regard de celles de la convention européenne d'extradition ».

Ainsi, le Conseil d'État relève que la convention européenne de 1957 est venue abroger l'accord bilatéral de 2006, à la date d'adhésion de la Corée à celle-ci (2011). Fort logiquement, la relation d'antériorité mise en lumière par le Conseil d'État est établie en tenant compte des engagements subjectifs des États et non de l'existence objective de chacun des instruments conventionnels. Ainsi que le relève Carlo Santulli, « ce qui compte pour identifier la *lex posterior* est alors la date de formation du lien conventionnel bilatéral, même s'il se rattache à un accord plurilatéral antérieur » (*chron. précit.*, p. 1007).

5. Durée de la peine

CE, 9 juin 2017, n° 406152

Un ressortissant turc conteste son extradition vers la Turquie où il a été condamné à une peine de 4 ans et 2 mois de prison pour trafic de stupéfiants en arguant que les conditions relatives à la durée de la peine, posées dans la convention européenne d'extradition, ne seraient pas satisfaites. L'article 2.1 de la convention de 1957 prévoit que donnent lieu à extradition les faits punis, par les lois de la partie requérante comme de la partie requise, d'une peine d'au moins un an de prison et lorsqu'une peine a été prononcée, elle doit être d'une durée d'au moins quatre mois. La décision rendue par le Conseil d'État est peu explicite sur les arguments du requérant (*CE, 9 juin 2017, n° 406152 ; AJDA, 2017, p. 1647*) mais on comprend que celui-ci a effectué une période de détention provisoire qui conduirait à ce que le reliquat de peine à purger serait inférieur à la durée visée par la convention européenne d'extradition. Le Conseil d'État balaie l'argument en affirmant que « la durée pendant laquelle la personne extradée a, le cas échéant, été placée en détention provisoire est sans influence sur la légalité du décret qui accorde son extradition ».

6. Conséquences d'un arrêt de la Cour EDH sur une procédure d'extradition

CE, M. Rachid Rafea, 22 décembre 2017, n° 408811

Après que le Conseil d'État eut refusé d'annuler un décret d'extradition adopté en juillet 2011 pour faire droit à la demande présentée par les autorités marocaines, la Cour européenne des droits de l'homme jugea que la mise à exécution de la décision de renvoyer vers le Maroc M. Rafea, sympathisant de la cause Sahraouie, emporterait violation de l'article 3 de la CEDH (Cour EDH, 30 mai 2013, *Rafea c. France*, n° 25393/10). À la suite de l'obtention de garanties relatives aux conditions de jugement et d'une éventuelle détention au Maroc, le Premier ministre français adopta un nouveau décret d'extradition le 18 janvier 2017, conditionnant celle-ci au respect des garanties données. Cet acte est immédiatement contesté devant le Conseil d'État (*CE, 22 décembre 2017, M. Rachid Rafea, n° 408811 ; concl. DOMINO, AJDA, 2018, p. 345*). Le Conseil d'État juge que l'arrêt de la Cour EDH ne fait pas obstacle à ce que, au vu d'éléments nouveaux, ici les garanties diplomatiques, soit reprise une décision d'extradition à l'égard de M. Rafea. Mais cette nouvelle

décision suppose que la chambre de l'instruction de la Cour d'appel soit de nouveau saisie, ce qui n'était pas le cas en l'espèce. Le décret d'extradition est ainsi annulé pour excès de pouvoir. La décision est sans surprise dans la mesure où le Conseil d'État avait, dans une affaire ancienne, déjà posé, dans des circonstances certes dissemblables (le gouvernement avait dans un premier temps refusé l'extradition après un avis favorable de la chambre d'accusation) le principe d'une obligation de reprendre la procédure *ab initio* en cas de prise en compte d'un nouvel élément (CE, ass., 18 novembre 1955, *Pétalas*, n° 36608 ; cette chronique, cet *Annuaire*, 1956, p. 750). Ainsi que l'exprime parfaitement le rapporteur public, ce n'est pas l'écoulement du temps qui oblige à solliciter un nouvel avis de la chambre de l'instruction mais uniquement la survenance d'éléments de droit ou de fait modifiant les données du dossier présenté.