

CHRONIQUE DE COOPÉRATION JUDICIAIRE INTERNATIONALE

5 Coopération judiciaire internationale

Kamalia Mehtiyeva

*maître de conférences à l'École de droit de la Sorbonne,
(Paris 1 Panthéon-Sorbonne)*

In memoriam – professeur Emmanuel Gaillard

Écoutez !

*Puisqu'on allume les étoiles, c'est qu'elles sont à quelqu'un nécessaires ?
C'est qu'il est indispensable, que tous les soirs au-dessus des toits
se mette à luire seule au moins une étoile ?*

Vladimir Vladimirovitch Maïakovski, 1914

Il y a 3 ans, la présente chronique faisait ses premiers pas. Née du sentiment de vide que, sans doute, beaucoup de collègues ont pu ressentir le lendemain de la soutenance de leur thèse de doctorat, et nourrie du constat que la matière en question est très mouvante, cette idée de créer une chronique de coopération judiciaire, dans le prolongement de la thèse sur le sujet, a intéressé le professeur Emmanuel Gaillard, alors co-directeur de la présente Revue.

Ces quelques pages de chronique sont un très discret hommage au grand professeur.

La chronique avait été conçue pour couvrir un spectre large de contentieux, en distinguant, pour mieux structurer les propos, les matières civile, pénale et arbitrale. L'auteur de ces lignes, en rendant les deux précédentes chroniques à l'éditeur, attendait toujours, avec beaucoup d'enthousiasme, pour des raisons évidentes, les réflexions du professeur Gaillard sur la troisième partie de la chronique – la matière arbitrale. Mais lorsque le téléphone sonnait pour évoquer la chronique, c'est surtout la matière pénale, et plus précisément, le contentieux devant Interpol qui occupait la place dans nos discussions. La Commission de contrôle des fichiers d'Interpol, compétente pour annuler les avis de recherche internationaux émis par Interpol, a commencé, depuis quelques années, à publier ses décisions. Cette nouvelle matière première juridique l'intéressait beaucoup. C'était aussi cela qui caractérisait le professeur Gaillard : dépasser ses propres domaines de recherche, s'inviter avec infiniment d'humilité dans ceux des autres, innover et surtout ne jamais avoir peur de réfléchir différemment.

« Interpol est passionnant », me disait-il.

Lorsqu'il y a quelques semaines, gênée, je lui annonçais que cette année la Commission de contrôle des fichiers d'Interpol n'avait pas publié de nouvelles décisions sur son site et que, par conséquent, je ne pourrai pas couvrir dans ma chronique ce domaine qui l'intéressait tant, il s'est demandé, avec humour, si cette suspension d'activité de la Commission d'Interpol n'était pas liée au fait qu'avec la crise sanitaire, les voyages étaient suspendus, et les arrestations des personnes recherchées avec...

Quoi qu'il en soit, la section relative à la coopération policière fait cette année une minute de silence.

Ce silence du professeur, d'un éminent auteur est profond, soudain et surtout prématuré. Comme l'avait écrit le grand poète soviétique, Gennady Shpalikov, en 1952, l'année de naissance du professeur Gaillard, « *on ne perd les amis qu'une fois, on perd les amis trop tôt* ».

Résumé

I. – LA COOPÉRATION JUDICIAIRE EN MATIÈRE PÉNALE

A. – La coopération policière

B. – La coopération judiciaire

1° Extradition

a) La protection subsidiaire et son articulation avec le droit extraditionnel

Cass. – crim. – 13 janv. 2021. – n° 20-81.359. – JurisData n° 2021-000736.

b) Le contrôle de proportionnalité dans le décernement d'un mandat d'arrêt international

Cass. – crim. – 16 déc. 2020. – n° 20-85.289. – JurisData n° 2020-020473.

c) Refus d'exécuter le mandat d'arrêt européen pour violation de l'article 3 Conv. EDH

CEDH. – 25 mars 2021. – n° 12623/17. – Moldovan *c/* France. – JurisData n° 2021-004087.

d) Extradition et arbitrage international

2° Ne bis in idem

Cass. – crim. – 1^{er} avr. 2020. – n° 19-83.969. – JurisData n° 2020-005367.

II. – LA COOPÉRATION JUDICIAIRE EN MATIÈRE CIVILE

A. – Preuves

B. – Reconnaissance et exécution des jugements

1° Le trustee d'insolvabilité anglais et l'étendue de ses pouvoirs en France

Cass. – com. – 16 juill. 2020. – n° 17-16.200. – JurisData n° 2020-010191.

2° Refus d'exequatur en cas d'inconciliabilité des décisions

Cass. – 1^{re} civ. – 16 sept. 2020. – n° 18-20.023. – JurisData n° 2020-013423.

III. – LA COOPÉRATION JUDICIAIRE EN MATIÈRE ARBITRALE

A. – Le juge d'appui

B. – Le juge du provisoire et du conservatoire

C. – Juge de l'annulation et de l'exequatur

1° CA. – Paris. – 23 juin 2020. – n° 17/22943.

Court of Appeal Londres. – Kout Food Group (Kuwait) [2020] EWCA Civ 6

2° Cass. – 1^{re} civ. – 2 déc. 2020. – n° 19-15.396. – Schooner.

Cass. – 1^{re} civ. – 4 mars 2020. – n° 18-22.019. – Antrix. – JurisData n° 2020-003281.

3° CA. – Paris. – 15 sept. 2020. – n° 19/09058. – Airbus.

4° Cass. – 1^{re} civ. – 15 janv. 2020. – n° 18-18.088.

CA. – Paris. – 3 juin 2020. – n° 19/07261.

I. – LA COOPÉRATION JUDICIAIRE EN MATIÈRE PÉNALE

A. – La coopération policière

[...]

B. – La coopération judiciaire

1° Extradition

a) La protection subsidiaire et son articulation avec le droit extraditionnel

Cass. – crim. – 13 janv. 2021. – n° 20-81.359. – JurisData n° 2021-000736.

L'arrêt étudié porte sur les conséquences que produit l'octroi de la protection subsidiaire (type de protection accordé en France à une personne qui ne bénéficie pas du statut de réfugié mais est exposée dans son pays à des menaces graves) sur la possibilité d'extrader la personne protégée vers l'État dont les poursuites ont justifié la protection. En somme, il s'agit de savoir dans quelle mesure cette protection subsidiaire protège son bénéficiaire contre une extradition.

Un ressortissant albanais, recherché par les autorités de son pays, avait été interpellé en France, en exécution du mandat de recherche international aux fins d'exécution d'une peine d'emprisonnement prononcée par le tribunal de première Instance de Kukës et confirmé par arrêt de la cour d'appel de Shkodër, pour production et vente de stupéfiants, faits commis à Krume (Albanie). Au moment de son interpellation, l'intéressé bénéficiait en France d'une protection subsidiaire. La chambre de l'instruction donna un avis favorable à l'extradition. L'intéressé forma alors un pourvoi devant la chambre criminelle, dans lequel il fit valoir notamment que la chambre de l'instruction ne pouvait donner une suite favorable à la demande d'extradition émanant d'un État dont les poursuites ont justifié l'octroi d'une protection subsidiaire à l'intéressé.

Selon l'intéressé, l'extradition vers son pays d'origine d'une personne bénéficiant de la protection subsidiaire, aussi longtemps que cette protection dure, serait contraire aux principes généraux du droit de l'extradition et à l'article 696-15 du Code de procédure pénale. La protection subsidiaire lui avait été accordée en l'espèce par la Cour nationale du droit d'asile sur le fondement de l'article L. 712-1, b, du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (« CESEDA ») en raison de risques avérés de subir « *la torture ou des peines ou traitements inhumains ou dégradants* ». Le demandeur reprochait alors à la chambre de l'instruction de s'être abstenue de rechercher si l'extradition vers son pays d'origine ne l'exposait pas à un risque de torture ou de peine ou traitement inhumain ou dégradant au sens de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme.

L'avis de la chambre de l'instruction est finalement cassé sans renvoi. En se fondant sur l'ensemble des articles 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, 696-15 du Code de procédure pénale et L. 712-1 du CESEDA, la Cour de cassation commence par rappeler que, lorsqu'il existe un risque d'être soumis à un traitement inhumain et dégradant, ces textes interdisent aux juges requis de donner un avis favorable à une requête d'extradition. Puis la décision innove en affirmant qu'« *un tel risque est avéré lorsque la personne bénéficie de la protection subsidiaire aussi longtemps qu'il n'y a pas été mis fin* » (§ 12 de l'arrêt) et que, par conséquent, doit être censurée la décision de la chambre de l'instruction ayant considéré que le « *statut provisoire protecteur* », c'est-à-dire la protection subsidiaire, « *n'affecte pas la régularité de la demande d'extradition* » (§ 14).

L'articulation entre l'extradition et le droit d'asile se trouve éclairée par le présent arrêt. Les rapports entre les deux reposent avant tout sur la Convention de Genève adoptée le 28 juillet 1951 sous l'égide de l'Agence des Nations unies pour les réfugiés. Rappelons que cette Convention, qui régit seulement le statut juridique des réfugiés et exclut celui des bénéficiaires de la protection subsidiaire, n'interdit pas explicitement l'extradition des réfugiés. Simplement, l'article 33, alinéa 1^{er} de la Convention interdit aux États Contractants d'expulser ou de refouler « *de quelque manière que ce soit un réfugié sur les frontières des territoires où sa vie ou sa liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques* ».

Interrogée sur l'application de cette interdiction à l'extradition, la chambre criminelle avait initialement adopté une interprétation littérale du texte en affirmant que l'article ne vise que l'expulsion ou le refoulement, qui constituent des mesures administratives, « *juridiquement différentes de l'extradition* » (*Cass. crim.*, 21 sept. 1984, n° 84-94.034 et 84-93.943, José Carlos Garciamirez). Le Conseil d'État avait en revanche et fort heureusement adopté une position opposée en considérant que, pour donner « *tout son effet utile* » à l'article 33, alinéa 1^{er} de la convention de Genève (*V. concl. du président Vigouroux dans cette affaire, JCP G 1988, II, 21071*) compte tenu de l'histoire et la pratique de la convention ainsi que de la pratique des autres États contractants, il fallait admettre que le texte s'appliquait également aux demandes d'extradition. Dans son arrêt de principe sur la question, le Conseil d'État a pu affirmer que « *les principes généraux du droit applicables aux réfugiés, résultant notamment de la définition précitée de la Convention de Genève, font obstacle à ce qu'un réfugié soit remis, de quelque manière que ce soit, par un État qui lui reconnaît cette qualité, aux autorités de son pays d'origine, sous la seule réserve des exceptions prévues pour des motifs de sécurité nationale par ladite convention* » (*CE, ass.*, 1^{er} avr. 1988, n° 85234, Bereciartua-Echarri : *D.* 1988, p. 413, H. Labayle ; *Gaz. Pal.* 1988, 2, p. 549, Julien-Laferrère). L'on peut estimer que la Cour de cassation est revenue plus tard sur sa position en la matière en jugeant que l'extradition d'un réfugié vers un pays autre que son pays d'origine peut être prononcée sous réserve que l'État requérant s'engage à ne pas renvoyer l'intéressé vers son pays d'origine (*Cass. crim.*, 15 sept. 2004, n° 04-83.882 : *JurisData* n° 2004-025062. – Sur

l'ensemble de l'évolution de cette question, V. Extradition : JCl. Droit international, mise à jour 2020, fasc. 405, n° 51 s., par E. Servidio-Delabre).

En revanche, la question de l'extradition d'une personne bénéficiant d'une protection subsidiaire restait en suspens. Rappelons que la notion de protection subsidiaire a été créée par le droit de l'Union européenne pour pallier les insuffisances de la convention de Genève. Elle a pour objectif de protéger « toute personne qui ne remplit pas les conditions pour se voir reconnaître la qualité de réfugié et pour laquelle il existe des motifs sérieux et avérés de croire qu'elle courrait dans son pays un risque réel de subir l'une des atteintes graves [...] » (V. CESEDA, art. L. 712-1). Or, même si les deux régimes de protection – celui de réfugié et celui de la protection subsidiaire n'ont pas la même source (droit international résultant des instruments adoptés par l'ONU pour le premier, droit de l'Union européenne pour le second), la directive 2004/83/CE du 29 avril 2004 (Cons. UE, dir. 2004/83/CE, 29 avr. 2004 : JOUE n° L 304, 30 sept. 2004, p. 12) pose le principe d'une identité de statut entre les deux. Plus particulièrement, « en écho à l'article 33 de la convention de Genève de 1951 » (V. Tchen, fasc. 233-70 : *Étrangers, Asile, Accès à la protection, Séjour en France, Cessation de la protection*, n° 264), l'article 21.1 met à la charge des États membres l'obligation de respecter le principe de non-refoulement (PE et Cons. UE, dir. 2011/95/UE, 13 déc. 2011, concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et au contenu de cette protection, abrogeant la dir. 2004, art. 21.1 contient une obligation identique : JOUE n° L 337, 20 déc. 2011, p. 9).

Toute la question était alors de savoir si un pas supplémentaire pouvait être franchi en étendant la prohibition d'extradition aux bénéficiaires de la protection subsidiaire. Cette question, posée à la Cour dans le présent arrêt, n'est pas nouvelle. La chambre criminelle avait été précédemment saisie d'un pourvoi contre l'arrêt devant la chambre de l'instruction de renvoi donnant un avis favorable à l'extradition d'un des deux ressortissants albanais dans la fameuse affaire de « Kanun ». Deux frères de nationalité albanaise, dont le père avait été reconnu coupable d'un meurtre de deux membres d'une famille voisine, avaient obtenu en France le bénéfice de la protection subsidiaire en raison des craintes d'une vengeance, connue sous le nom de « Kanun » et pratiquée dans certains villages dans le nord de l'Albanie, de la part des membres de la famille des victimes. Après leur interpellation en France, la chambre de l'instruction a émis un avis défavorable à la demande d'extradition des autorités albanaises. Saisie sur le pourvoi du ministère public, la chambre criminelle accueillit le pourvoi en considérant qu'un complément d'information aurait dû être ordonné avant que la cour puisse affirmer que les intéressés ne bénéficieraient pas des garanties de procédure adéquates en Albanie et renvoya l'affaire devant une autre chambre de l'instruction (Cass. crim., 21 oct. 2014, n° 14-85.257 : *JurisData* n° 2014-025007. – Sur ce volet de l'affaire, V. not. D. Boccon-Gibod, *Contentieux de l'extradition : avril brisé devant la Cour de cassation* : Rev. sc. crim. 2014/4, n° 4,

p. 797). La chambre de l'instruction de renvoi émit deux avis favorables à l'extradition et la Cour de cassation rejeta les pourvois formés contre ces avis (*Cass. crim.*, 8 avr. 2015, n° 15-80.603). Tout en relevant que l'intéressé bénéficiait de la protection subsidiaire, elle avait jugé que « *la chambre de l'instruction, ayant constaté que M. X. n'avait pas le statut de réfugié et ayant elle-même recherché si la personne réclamée bénéficiera des garanties fondamentales relatives à sa sécurité, à la procédure et à la protection des droits de la défense, l'arrêt satisfait, en la forme, aux conditions essentielles de son existence légale, sans méconnaître les dispositions conventionnelles invoquées* ». À partir de cet attendu de principe, il était difficile d'étendre une interdiction d'extrader les réfugiés aux bénéficiaires de la protection subsidiaire.

C'est finalement le Conseil d'État, lors du pourvoi dirigé par un des deux frères contre le décret d'extradition, qui a eu à se prononcer sur la question de savoir si la protection subsidiaire fait obstacle à l'adoption du décret d'extradition. En suivant sur ce point les conclusions du rapporteur public, M. Xavier Domino (*RFDA 2017*, p. 550), qui soutenait que « *l'extension de la décision Bereciartua Écharri, protectrice pour les réfugiés, au cas des bénéficiaires de la protection subsidiaire, s'inscrit dans le cadre du rapprochement progressif des deux statuts, et qu'elle n'emporte aucun inconvénient majeur* », le Conseil d'État avait annulé pour excès de pouvoir le décret accordant l'extradition. La Haute Juridiction administrative avait notamment affirmé 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 ; qu'ainsi, et alors qu'il appartenait au Gouvernement, s'il s'y croyait fondé, de demander à l'Office français de protection des réfugiés et apatrides de mettre fin à la protection subsidiaire dont bénéficiait M. B...A..., cette protection faisait obstacle à ce que soit légalement pris le décret accordant son extradition aux autorités de son pays d'origine* » (*CE*, 2^e-7^e ch. réunies, 30 janv. 2017, n° 394172 : *JurisData* n° 2017-001789. – L. Dutheillet de Lamothe, G. Odinet, *Protéger ou extrader, il faut choisir* : *AJDA 2017*, p. 521).

Ainsi, la solution de l'arrêt Bereciartua-Echarri fut étendue par le Conseil d'État aux bénéficiaires de la protection subsidiaire en alignant la position du Conseil d'État en matière de non-extradition des réfugiés aux bénéficiaires de la protection subsidiaire. C'est dans cette voie que s'engage la chambre criminelle avec le présent arrêt qui casse l'avis de la chambre de l'instruction favorable à l'extradition, en renforçant ainsi la protection subsidiaire. Reste à souligner que l'arrêt apporte une précision nouvelle sur la mise en œuvre de cette protection dans le procès extraditionnel. La cassation est encourue pour violation notamment de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme qui interdit la torture et les traitements inhumains et dégradants. L'avis défavorable à l'extradition s'impose à la chambre de l'instruction qui « *constate que la personne réclamée encourt, en cas d'extradition vers son pays d'origine, le risque d'être soumise à un traitement inhumain et dégradant* » (§ 11 de l'arrêt). Or, un tel risque est « *avéré lorsque la personne bénéficie de la protection subsidiaire aussi longtemps qu'il n'y a pas été mis fin* » (arrêt, § 12). Ainsi, la chambre

criminelle crée une présomption irréfragable de risque de traitement inhumain et dégradant en présence d'une protection subsidiaire (*sur les présomptions irréfragables créées par le juge*, V. J. Ghestin, H. Barbier, *Introduction générale. Droit de la preuve, abus de droit, fraude et apparence*, t. 2 : 5^e éd., 2020, n° 110). Contrairement au Conseil d'État qui, sur le fondement des principes généraux applicables au droit de l'extradition, pose directement l'interdiction d'extrader les personnes bénéficiaires de la protection subsidiaire, la démarche de la chambre criminelle est indirecte. C'est par le truchement de l'article 3 de la Convention EDH que la Cour de cassation vient protéger cette catégorie de personnes. En passant par la « *prohibition absolue* » qui « *consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques* » (CEDH, 7 juill. 1989, n° 14038/88, *Soering c/ Royaume-Uni*, § 88), c'est au rang de la « *règle impérative du droit international* » (CEDH, 21 nov. 2001, n° 35763/97, *Adsani c/ Royaume-Uni*, § 61) que la Cour de cassation élève la protection des bénéficiaires de la protection subsidiaire.

D'un point de vue méthodologique, le raisonnement de la Cour de cassation correspond finalement davantage à la création purement prétorienne d'une « *protection par ricochet* » qui consiste pour les organes de la CEDH à « *étendre la protection de certains droits garantis par la Convention à des droits non expressément protégés par elle* » (F. Sudre et a., *Droit européen et international des droits de l'homme* : 15^e éd., 2021, n° 612), comme notamment « *la matière de l'extradition, de l'expulsion et du droit d'asile* » (CEDH, 16 oct. 1986, n° 12122/86, *Lukka c/ Royaume-Uni*). Le droit de ne pas subir des traitements inhumains et dégradants est un des vecteurs principaux de la protection par ricochet qui trouve son fondement « *dans l'engagement général des États parties de reconnaître les droits définis par la Convention à toute personne relevant de leur juridiction* » (Conv. EDH, art. 1^{er}). Comme le note très justement le professeur Frédéric Sudre, « *c'est l'acte d'éloignement du territoire qui fonde la responsabilité de l'État partie au regard de la Convention lorsque cet acte a pour résultat direct d'exposer une personne à une violation de ses droits protégés par la Convention* ». La garantie de l'article 3 est d'autant plus contraignante qu'elle a un « *effet extra-territorial* » dans la mesure où elle ne cesse pas si l'État de destination est un État tiers à la Convention (F. Sudre et a., *Droit européen et international des droits de l'homme* : 15^e éd., 2021, n° 614). En outre, cette garantie oblige un État partie à la Convention à écarter les obligations d'un accord international d'extradition au bénéfice de la Convention. Cette règle impérative du droit international aboutit à mettre à la charge de tout juge relevant des États du Conseil de l'Europe une obligation de ne pas extradier un étranger vers un pays où il risque de subir des traitements contraires à l'article 3. C'est donc par le prisme de cette obligation procédurale négative, afin de respecter l'article 3 de la Convention, que la Cour de cassation procède pour censurer la chambre de l'instruction. Le résultat auquel elle arrive est le même que celui du Conseil d'État dans l'affaire du Kanun en 2017. La méthode importe-t-elle, tant que le résultat auquel la Cour aboutit reste le même ? La réponse est évidemment positive, car si, dans l'espèce donnée, l'issue est favorable pour la personne bénéficiant en France d'une protection

subsidaire, cet alignement apparent de l'ordre judiciaire sur la position de l'ordre administratif dissimule en réalité une protection à plusieurs vitesses. Dès lors que la protection subsidiaire est accordée par la France pour risque de violation de l'article 3 de la Convention, la présomption irréfragable du risque interdira au juge national d'extrader. Mais qu'en est-il si la protection subsidiaire est accordée par un État pour un autre motif, et plus exactement pour le motif prévu par l'article L. 712-1, c, du CESEDA (c) (« *S'agissant d'un civil, une menace grave et individuelle contre sa vie ou sa personne en raison d'une violence qui peut s'étendre à des personnes sans considération de leur situation personnelle et résultant d'une situation de conflit armé interne ou international* ») ? La chambre de l'instruction retrouvera-t-elle son pouvoir souverain pour apprécier si concrètement, dans le cas donné, l'extradition est envisageable ? De ce point de vue, la référence faite par le Conseil d'État dans l'arrêt de 2017, étudié plus haut, aux principes généraux du droit de l'extradition est plus protectrice, si bien que son adoption par la Cour de cassation serait souhaitable, surtout au vu du « *rapprochement progressif des deux statuts [ceux de réfugié et de bénéficiaire de la protection subsidiaire]* » (X. Domino, concl. : RFDA 2017, p. 550) et de l'uniformisation de la protection des bénéficiaires des deux régimes par l'Union européenne (V. *supra* PE et Cons. UE, dir. 2011/95/UE, 13 déc. 2011).

b) Le contrôle de proportionnalité dans le décernement d'un mandat d'arrêt international

Cass. – crim. – 16 déc. 2020. – n° 20-85.289. – JurisData n° 2020-020473.

La question de la présence (ou de l'absence) d'une personne partie au procès présente des enjeux considérables, dont certains ont pu déjà être exposés dans une précédente chronique (V. JDI 2020, chron. 5, p. 759, spéc. p. 767 s. – Not. sur la notice rouge émise contre une personne jugée en son absence, V. notre comm. sur la décision de la Commission de contrôle des fichiers d'Interpol n° 8, adoptée lors de la 10^e session de la Commission les 1-5 juill. 2019).

C'est sous le prisme de la proportionnalité, cette fois, que la Cour de cassation aborde la présence d'une personne contre laquelle une information était ouverte pour un certain nombre de chefs délictuels. Les recherches effectuées pour localiser la personne poursuivie ont permis d'établir deux adresses parisiennes et une adresse israélienne à laquelle la personne résidait depuis presque 1 an au jour de l'ouverture de l'information judiciaire. Le juge d'instruction décerna d'abord un mandat de recherche le 17 novembre 2014, puis, le 9 juillet 2015, un mandat d'arrêt, accompagné d'une demande d'extradition avec demande d'arrestation provisoire adressée aux autorités israéliennes. L'intéressé informa par courrier le juge d'instruction de la désignation de son avocat pour assurer sa défense et indiqua élire domicile chez ce dernier. Le magistrat instructeur adressa directement à son adresse israélienne une convocation à comparaître pour un interrogatoire de première comparution par lettre recommandée internationale. Néanmoins, l'intéressé, n'ayant pas déféré à cette convocation, le magistrat instructeur décida d'ordonner sa mise en accusation sous les qualifications criminelles et correctionnelles poursuivies. Cette ordonnance fut attaquée en appel. La cour d'appel n'ayant pas fait droit à la demande d'annulation d'actes de

la procédure et ayant prononcé la mise en accusation de l'intéressé devant la cour d'assises de Paris, ce dernier forma un pourvoi en cassation contre l'arrêt.

Le moyen en cassation arguait de la violation des articles 6 de la Convention EDH et 131 du Code de procédure pénale (« *si la personne est en fuite ou si elle réside hors du territoire de la République, le juge d'instruction, après avis du procureur de la République, peut décerner contre elle un mandat d'arrêt si le fait comporte une peine d'emprisonnement correctionnelle ou une peine plus grave* ») et reprochait à la chambre de l'instruction de décerner un mandat d'arrêt en raison d'une simple circonstance de résidence à l'étranger, sans apprécier, comme il le lui était expressément demandé, le caractère nécessaire et proportionné du recours à cette mesure de contrainte en fonction des circonstances de l'espèce. Au surplus, le demandeur alléguait qu'il était domicilié en Israël depuis 2013 et qu'il n'avait jamais été convoqué entre l'ouverture de l'information judiciaire le 30 septembre 2014 et le jour de l'émission dudit mandat d'arrêt à son encontre. Le demandeur avait certes été entendu dans le contexte de l'information ouverte contre lui, mais ces interrogatoires avaient été conduits en Israël en application d'une commission rogatoire internationale. L'arrêt attaqué énonçait au contraire qu'un mandat d'arrêt peut être décerné contre une personne en fuite, ou résidant à l'étranger, si les faits faisant l'objet de l'information sont punis d'une peine d'emprisonnement ou d'une peine plus grave.

Cette prise de position de la cour d'appel, assimilant la situation de fuite à la résidence à l'étranger, a conduit à la cassation. Au visa de l'article 131 du Code de procédure pénale, la chambre criminelle affirme qu'il se déduit de ce texte que « *le juge d'instruction ne peut délivrer un mandat d'arrêt à l'encontre d'une personne résidant hors du territoire de la République, mais qui n'est pas en fuite, sans avoir effectué les démarches requises pour l'entendre et sans avoir apprécié le caractère nécessaire et proportionné de cette mesure de contrainte en fonction des circonstances de l'espèce* ».

Ce pouvoir dont dispose le juge d'instruction dans l'hypothèse d'une simple résidence à l'étranger avait déjà été remis en cause devant le Conseil constitutionnel en 2014. La question prioritaire de constitutionnalité posée au Conseil constitutionnel interrogeait ce dernier sur le point de savoir si « *l'article 131 du Code de procédure pénale, en tant qu'il permet de décerner un mandat d'arrêt contre une personne au seul motif qu'elle réside hors du territoire de la République est [...] conforme au principe constitutionnel de l'égalité prévu notamment par les articles 1^{er} et 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789 et 1^{er} et 2 de la Constitution de 1958 ainsi qu'aux articles 2 et 9 de la Déclaration des droits de l'Homme de 1789 ?* » (Cass. crim., 17 déc. 2014, n° 14-83.876 : JurisData n° 2014-031304 ; Dalloz actualité, 26 janv. 2015, obs. S. Anane). La question était jugée par la chambre criminelle comme présentant un caractère sérieux « *en ce que la disposition contestée qui autorise le juge d'instruction à décerner un mandat d'arrêt contre une personne pour la seule raison que celle-ci, sans être en fuite, réside hors du territoire de la République, est susceptible de porter, au principe d'égalité et à la liberté individuelle garantis par la Déclaration des droits de*

l'homme, une atteinte disproportionnée par rapport à l'objectif de sauvegarde de l'ordre public et de recherche des auteurs d'infractions poursuivi par le législateur ».

Après avoir relevé que la personne résidant sur le territoire de la République et celle résidant hors de ce territoire ne sont pas placées dans la même situation au regard de la capacité des autorités judiciaires à ordonner directement des mesures coercitives à leur encontre, le Conseil constitutionnel a affirmé qu'en permettant au juge d'instruction de décerner un mandat d'arrêt à l'encontre d'une personne résidant hors du territoire de la République même si elle n'est pas en fuite, le législateur a institué une différence de traitement entre les personnes selon qu'elles résident ou non sur le territoire de la République en rapport direct avec l'objet des dispositions contestées. Les dispositions de l'article 131 du Code de procédure pénale ont en conséquence été déclarées compatibles avec les règles constitutionnelles par le Conseil qui a néanmoins précisé que « pour décerner un tel mandat, il appartient au juge d'instruction d'apprécier le caractère nécessaire et proportionné du recours à cette mesure de contrainte en fonction des circonstances de l'espèce » (Cons. const., 27 févr. 2015, n° 2014-452 QPC : JurisData n° 2015-003489 ; JO 1^{er} mars, p. 4022 ; Procédures 2015, comm. 138 ; D. 2015, p. 490).

C'est ce double contrôle préconisé par le Conseil constitutionnel, le contrôle de nécessité d'une part, et de proportionnalité d'autre part, qu'exerce la chambre criminelle dans l'affaire commentée (V. déjà en ce sens, Cass. crim., 11 janv. 2017, n° 16-80.619 : JurisData n° 2017-000199 : « Ne justifie pas sa décision la cour d'appel qui valide le mandat d'arrêt délivré par un juge d'instruction à l'encontre d'une personne résidant hors du territoire de la République mais qui n'est pas en fuite sans apprécier le caractère nécessaire et proportionné de cette mesure de contrainte en fonction des circonstances de l'espèce » (Dalloz actualité, 23 févr. 2017, note L. Priou-Alibert).

Ainsi, la chambre criminelle réaffirme qu'une personne ne résidant pas sur le territoire national ne peut pas, de ce seul fait, faire l'objet d'un mandat d'arrêt. L'arrêt précise que l'État poursuivant doit d'abord convenir que la personne poursuivie « y soit entendu[e] » avant de pouvoir constater, le cas échéant, qu'elle est « en fuite et d'apprécier le caractère nécessaire et proportionné de cette mesure de contrainte » (arrêt, § 19). Par ce raisonnement, la chambre criminelle établit une gradation des mesures de coopération judiciaire internationale dont dispose un magistrat instructeur dans son arsenal face à une situation d'extranéité, comme celle, en l'espèce, créée par la résidence à l'étranger de la personne poursuivie. Dans cet arsenal, les moyens de solliciter les autorités de l'État de résidence pour que la personne recherchée y soit entendue par le biais des commissions rogatoires internationales priment sur l'émission du mandat d'arrêt international. Ce dernier, du fait de son caractère intrusif, doit rester un outil subsidiaire. Ce n'est en effet que si cette sollicitation se révèle infructueuse que la personne poursuivie peut être considérée comme étant en fuite, ce qui donnerait par conséquent au magistrat instructeur le pouvoir d'émettre le mandat d'arrêt international, à la double condition qu'une telle mesure soit nécessaire et proportionnée. Ce régime juridique en deux temps a l'avantage de créer une

scission entre les deux hypothèses visées par l'article 131 du Code de procédure pénale et traitées d'égal par ce texte – celle de la fuite et celle d'une simple résidence à l'étranger. Or, la fuite est une notion juridique précise, chargée d'un sens négatif et qui entraîne des conséquences juridiques correspondantes quant aux droits de la personne concernée. Ainsi, par exemple, la personne en fuite ne peut soulever des nullités devant le tribunal correctionnel sur le fondement de l'article 385 du Code de procédure pénale. Ont ainsi été jugées irrecevables les exceptions de nullité de la procédure d'instruction soulevées par le prévenu dès lors que, se sachant recherché pour un mandat d'arrêt et ayant quitté son domicile, il était en fuite au sens de l'article 131 du Code de procédure pénale, et qu'il a été mis en mesure, devant les juridictions de jugement, de discuter les éléments de preuve réunis contre lui (*Cass. crim.*, 17 déc. 2014, n° 13-86.102 : *JurisData* n° 2014-031332. – *V. sur l'évolution de la jurisprudence sur la sanction procédurale de la personne en fuite*, Ch. Guéry, P. Chambon, chap. 415 : *Mandat d'arrêt : Dalloz action : DPCI 2018-2019*).

La présente solution tire une nouvelle conséquence de la distinction entre les deux catégories d'« *absents* » sur le terrain de la subsidiarité du mandat d'arrêt. Avec cet arrêt, ce n'est que dans l'hypothèse de la fuite que le mandat d'arrêt peut être émis par le juge d'instruction, et cela après un contrôle du caractère proportionné et nécessaire de la mesure de contrainte. Ce double contrôle de nécessité et de proportionnalité pourrait être étendu à d'autres contentieux où un juge est amené à connaître de la fuite des personnes poursuivies, comme notamment les actions portées devant la Commission de contrôle des fichiers d'Interpol. Par essence, Interpol est amené à émettre des notices rouges contre des personnes introuvables dans l'État poursuivant. C'est précisément la raison pour laquelle un État s'adresse à Interpol aux fins de diffusion via les canaux de l'Organisation des avis de recherche. Pour autant, le critère de la proportionnalité et de la nécessité d'émission du mandat d'arrêt international est, de manière regrettable, absent du système d'émission et du contrôle des mandats d'Interpol. La question est néanmoins émergente. Ainsi par exemple, le 4 octobre 2017, le Parlement européen a débattu de la question de l'introduction du contrôle de proportionnalité et de nécessité dans l'émission des notices rouges d'Interpol afin de prévenir les abus de la part de certains États consistant à demander à Interpol la publication de notices rouges contre les personnes poursuivies par ces derniers (*PE, communiqué*, 4 oct. 2017, *Interpol arrest orders : MEPs request a review of the system to prevent abuses* : www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20171002IPR85138/interpol-arrest-orders-meps-request-a-review-of-the-system-to-prevent-abuses. – *V. également l'étude du Parlement européen, Misuse of Interpol's Red Notices and impact on human rights – recent developments*, [www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2019/603472/EXPO_STU\(2019\)603472_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2019/603472/EXPO_STU(2019)603472_EN.pdf)).

Pour le reste, cette émergence du contrôle de proportionnalité et de nécessité dans la délivrance d'un mandat d'arrêt par le juge d'instruction français reflète la montée en puissance de la proportionnalité en procédure pénale comme mesure du respect des droits de la défense (*V. not. CEDH*, 11 oct. 2012, n° 43353/07,

Abdelali c/ France : *JurisData* n° 2012-028435 ; *JCP G* 2012, 1425, note L. Milano ; *RSC* 2013, p. 117, obs. J. Danet ; *RSC* 2013, p. 155, obs. D. Roets). De manière générale, ce principe est inscrit dans l'article préliminaire du Code de procédure pénale (« Les mesures de contraintes [...] doivent être strictement limitées aux nécessités de la procédure, proportionnées à la gravité de l'infraction reprochée et ne pas porter atteinte à la dignité de la personne ») et s'applique à toutes les phases du procès pénal. Plus particulièrement, la place de ce principe est également grandissante depuis quelques années dans le contentieux du mandat d'arrêt européen (sur cette question V. K. Mehtiyeva, *La notion de coopération judiciaire*, préf. L. Cadiet, t. 597 : *LGDJ*, 2020, spéc. n° 250 s. – P. Albers, P. Beauvais, J.-F. Bohnert, Ph. Langbroek, A. Renier, T. Wahl, *Towards a common evaluation framework to assess mutual trust in the field of EU judicial cooperation in criminal matters, Final Report – European Union – Criminal Justice project*, Den Haag 2013. – G. Taupiac-Nouvel, *La protection du droit au respect de la vie privée et familiale dans la procédure du mandat d'arrêt européen : la chambre criminelle aurait-elle délié l'outre des vents contraires ?* : *LPA* 2016, n° 213). En ce sens, la Commission européenne a pu affirmer qu'il est « essentiel, compte tenu du consensus général au sein du Conseil sur le bien-fondé d'un critère de proportionnalité et de la perte de confiance à l'égard du système de mandat d'arrêt européen en l'absence de l'application d'un tel critère, que tous les États membres appliquent un critère de proportionnalité, notamment les juridictions dans lesquelles les poursuites sont obligatoires » (*Comm. CE Rapp. au Parlement européen et au Conseil sur la mise en œuvre, depuis 2007, de la décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres*, SEC(2011) 430 final, Bruxelles, 11 avr. 2011, COM(2011) 175 final).

c) Refus d'exécuter le mandat d'arrêt européen pour violation de l'article 3 Conv. EDH

CEDH. – 25 mars 2021. – n° 12623/17. – *Moldovan c/ France*. – *JurisData* n° 2021-004087.

L'arrêt précédent s'inscrit parfaitement dans ce mouvement qui tend à accorder une place grandissante au contrôle de proportionnalité dans le contentieux de coopération judiciaire pénale. Depuis quelques années, le contrôle de proportionnalité gagne également du terrain dans l'émission et l'exécution des mandats d'arrêt européens. Alors que les rapports entre les États membres sont construits sur le principe de confiance mutuelle, ce qui se traduit notamment par une obligation des États membres, « au nom de l'autorité du droit de l'Union », de donner suite à un mandat d'arrêt européen, dont l'exécution ne peut être subordonnée qu'aux seules conditions définies dans la décision-cadre (CJUE, 26 févr. 2013, aff. C-399/11, *Melloni c/ Ministerio Fiscal*), la CJUE a consacré l'existence d'une exception au principe d'automaticité de la remise aux autorités judiciaires de l'État membre d'émission du mandat d'arrêt dans le cas où l'État membre d'exécution dispose d'éléments révélant l'existence d'un risque de traitement inhumain ou dégradant en raison des conditions de détention, dans l'État d'émission, de la personne concernée par le mandat d'arrêt (CJUE, gr. ch., 5 avr. 2016, aff. C-404/15 et C-659/15, *PPU, Pal Aranyosi et Robert*

Caldararu : Europe 2016, comm. 192, obs. F. Gazin. – Sur l'étendue et la nature du contrôle par l'autorité judiciaire d'exécution, V. CJUE, 25 juill. 2018, aff. C-220/18 PPU, ML : JurisData n° 2018-015541. – CJUE, 15 oct. 2019, aff. C-128/18, Dorobantu. – CJUE, 17 déc. 2020, aff. C-354/20 PPU et C-412/20 PPU, L et P Openbaar Ministerie). Il est désormais acquis que, au-delà des motifs de refus expressément visés par la décision-cadre, l'exécution d'un mandat d'arrêt européen peut également être refusée dans des circonstances exceptionnelles qui, en raison de leur gravité même, imposent que soient apportées des limitations aux principes de reconnaissance et de confiance mutuelles entre États membres sur lesquels est fondée la coopération judiciaire en matière pénale.

L'admission par la CJUE du respect des droits fondamentaux comme motif de refus pour les États membres d'exécuter le mandat d'arrêt européen a sans doute été un déclencheur d'un droit de regard exercé par la Cour européenne des droits de l'homme sur le mandat d'arrêt européen. Cette immixtion de la CEDH dans le domaine de la coopération judiciaire européenne a été inaugurée par le contrôle de conventionalité du mandat d'arrêt européen opéré pour la première fois par la Cour en 2018 (*V. sur la question, CEDH, 17 avr. 2018, n° 21055/11, Pirozzi c/ Belgique : JurisData n° 2018-006809 ; JCP G 2018, doctr. 754, n° 9, note F. Sudre ; JCP G 2018, 548, note L. Milano : K. Mehtiyeva, Chronique de coopération judiciaire : JDI 2019, chron. 4, p. 581, spéc. n° 9. – V. aussi, CEDH, 9 juill. 2019, n° 8351/17, Romeo Castano c/ Belgique. – CEDH, gr. ch., 29 janv. 2019, n° 36925/07, Güzelyurtlu et a. c/ Chypre et Turquie. – Sur les influences réciproques entre la CJUE et la CEDH en matière de mandat d'arrêt européen, V. notre chron. : JDI 2020, chron. 5, p. 759, spéc. p. 781 et s.). Ce contrôle permet de renverser la présomption de protection équivalente si la protection des droits garantis par la Convention est entachée d'une insuffisance manifeste.*

Dans le prolongement du contrôle des droits de l'homme dans l'exécution du mandat d'arrêt européen, et de manière tout à fait inédite, la Cour européenne des droits de l'homme a rendu un arrêt dans lequel elle a reconnu, pour la première fois, que l'exécution du mandat d'arrêt européen violait l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme (interdiction des traitements inhumains et dégradants). La personne poursuivie par les autorités roumaines et dont la remise a été demandée aux autorités françaises ayant fourni des éléments suffisamment étayés sur la réalité du risque, la CEDH a conclu que les autorités judiciaires d'exécution (françaises) ont violé l'article 3 en ce qu'elles ont manqué, dans l'exercice de leur pouvoir d'appréciation, de tirer les conséquences qui s'attachaient aux éléments d'information recueillis qui constituaient pourtant une base factuelle suffisamment solide pour refuser d'exécuter le mandat d'arrêt européen litigieux (*CEDH, 25 mars 2021, n° 12623/17, Moldovan c/ France*). Ainsi, « dans un esprit de complémentarité du mode de fonctionnement des dispositifs de reconnaissance mutuelle et notamment de leur objectif d'efficacité », la CEDH avait déjà mis à la charge des États membres l'obligation de vérifier que « le principe de reconnaissance mutuelle n'est pas appliqué de manière automatique et mécanique, au détriment des droits fondamentaux » (*CEDH, gr. ch., 23 mai 2016, n° 17502/07, Avotins c/ Lettonie, § 116*). Si cette vérification permet de

conclure à « l'absence de toute insuffisance manifeste des droits protégés par la Convention » (CEDH, gr. ch., 23 mai 2016, n° 17502/07, *Avotins c/ Lettonie*, § 116), l'application par les juridictions des États membres du mécanisme de reconnaissance mutuelle produit alors son plein effet. Dans le cas contraire, en présence d'un grief sérieux et étayé sur l'insuffisance manifeste de protection d'un droit garanti par la Convention auquel le droit de l'Union ne permet pas de remédier, les juridictions nationales ne peuvent renoncer à examiner ce grief au seul motif qu'elles appliquent le droit de l'Union (CEDH, gr. ch., 23 mai 2016, n° 17502/07, *Avotins c/ Lettonie*). En s'appuyant sur la jurisprudence *Pirozzi c/ Belgique* (CEDH, 17 avr. 2018, n° 21055/11, *Pirozzi c/ Belgique*, § 64 : *JurisData* n° 2018-006809), la CEDH affirme qu'il appartient aux juridictions nationales « de lire et d'appliquer les règles du droit de l'UE en conformité avec la Convention » (§ 103).

Il résulte de l'ensemble des arrêts de la CEDH et de la CJUE sur lesquels s'appuie la CEDH dans l'affaire *Moldovan c/ France* que le refus d'exécuter le mandat d'arrêt européen, tiré du motif de risque de violation des droits de l'homme dans l'État d'émission du mandat d'arrêt, est une exception au principe de reconnaissance mutuelle commandant une exécution automatique des demandes de coopération. Toute exception devant rester d'appréciation stricte, sa mise en œuvre doit être faite par les juges de manière circonstanciée et concrète, si bien que le fait de bénéficier du statut de réfugié n'est pas, en soi, et faute de bases factuelles suffisamment solides pour caractériser l'existence d'un risque réel de violation de l'article 3 de la Convention, un motif de refus d'exécution du mandat d'arrêt européen (CEDH, 25 mars 2021, n° 40324/16, *Bivolaru c/ France*).

En l'espèce, le ressortissant roumain avait obtenu en Suède le statut de réfugié avant l'adhésion de la Roumanie à l'Union européenne. Il fit l'objet d'un mandat d'arrêt européen émis par les autorités roumaines après l'adhésion de Roumanie à l'Union européenne et adressé aux autorités françaises. La chambre de l'instruction ordonna la remise de l'intéressé aux autorités judiciaires roumaines et le pourvoi formé devant la Cour de cassation fut rejeté par un arrêt du 12 juillet 2016 (*Cass. crim.*, 12 juill. 2016, n° 16-84.000 : *JurisData* n° 2016-013716) jugeant que le statut de réfugié accordé par la Suède ne s'opposait pas l'exécution du mandat d'arrêt européen.

Si, comme le juge la CJUE, l'adhésion d'un État à l'Union européenne n'entraîne pas, *ipso facto*, la perte de la protection de réfugié de la part d'un autre État membre, elle crée une présomption de protection équivalente qui gouverne tous les engagements internationaux souscrits par les États membres, y compris ceux qui découlent de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (CEDH, gr. ch., 30 juin 2005, n° 45036/98, *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi c. Irlande*. – CEDH, gr. ch., 23 mai 2016, n° 17502/07, *Avotins c/ Lettonie*). Pour renverser cette présomption, il ne suffit pas de « dénoncer, de manière très générale, la situation réservée aux opposants politiques en Roumanie, y compris en prison, et non les conditions de détention dans les établissements pénitentiaires roumains, de sorte que l'autorité judiciaire d'exécu-

tion ne disposait pas d'élément suffisant à cet égard » (arrêt, § 143). Eu égard à l'ensemble de ces éléments, la CEDH estime que « dans les circonstances de l'espèce, il n'incombait pas à l'autorité judiciaire d'exécution de demander des informations complémentaires aux autorités roumaines sur le lieu de détention futur du requérant et sur les conditions et le régime de détention qui lui seraient réservés aux fins d'identifier l'existence d'un risque réel qu'il subisse des traitements inhumains et dégradants en raison de ses conditions de détention » (arrêt, § 144). Le statut de réfugié n'est donc pas, en soi, un élément suffisant empêchant l'exécution du mandat d'arrêt européen. La différence sur ce point avec le régime d'extradition est notable (*V. sur ce point nos développements plus hauts sur l'arrêt Cass. crim., 13 janv. 2021, n° 20-81.359 : JurisData n° 2021-000149*). Cette différence d'articulation du droit d'asile avec le mandat d'arrêt européen par rapport au droit extraditionnel se justifie par le principe de reconnaissance mutuelle qui fonde les rapports de coopération judiciaire entre les États membres. Contrairement au contentieux extraditionnel, la qualité de réfugié d'une personne dont la remise est recherchée est indifférente au regard de l'exécution du mandat d'arrêt européen. Pour s'opposer à sa remise, la personne intéressée doit établir devant les juges du fond la réalité du risque des traitements inhumains et dégradants. Cette précision est importante, car en l'espèce c'est devant la Cour de cassation que l'intéressé tentait d'établir en vain la réalité des défaillances structurelles. Or, comme l'affirme la CEDH, toute appréciation factuelle, *a fortiori* au vu d'éléments dont ne disposaient pas les juges du fond, échappe à l'office du juge de cassation (arrêt, § 144). La CEDH conclut que nonobstant la qualité de réfugié, « au vu des éléments dont elle disposait [...], l'autorité judiciaire d'exécution ne disposait pas de bases factuelles solides lui permettant de caractériser l'existence d'un risque réel de violation de l'article 3 de la Convention et refuser, pour ce motif, l'exécution du MAE » (arrêt, § 145).

d) Extradition et arbitrage international

L'extradition et l'arbitrage international : deux univers juridiquement si éloignés l'un de l'autre et pourtant destinés à se rencontrer, comme peuvent en témoigner certaines affaires récentes. Il devient ainsi plus fréquent de voir des notices rouges d'Interpol émises contre les investisseurs assignant les États en arbitrage d'investissement, ou des demandes d'extradition de la part de ces derniers pour faire échec aux demandes d'indemnisation, notamment pour expropriation ou traitement injuste et inéquitable des investissements. Rappelons à ce titre qu'un exemple inédit de l'interaction entre Interpol et un tribunal arbitral a pu être relaté dans une chronique antérieure. Le tribunal arbitral avait ainsi pu ordonner à l'État partie à l'arbitrage de faire cesser les poursuites contre le requérant durant la procédure arbitrale. En particulier, il avait été demandé à l'État de retirer sa demande de notice rouge faite auprès d'Interpol. Cette injonction originale et inédite, sorte de « *anti-pre-suit injunction* », qui avait pour objet d'interdire la recherche de l'investisseur aux fins de son extradition vers l'État défendeur à l'arbitrage d'investissement, fut finalement, et sans surprise, ignorée par l'État. Cela étant, même si la Commission de contrôle des fichiers d'Interpol n'a pas tiré de conséquences directes de la violation de

l'injonction du tribunal arbitral par l'État partie à l'arbitrage, elle a néanmoins pris en compte l'agissement procédural de l'État en appliquant le test de « *prépondérance politique* » afin d'apprécier la motivation politique de la notice rouge, motivation prohibée par les règles d'Interpol (*V. sur cette affaire, K. Mehtiyeva, Une interaction entre Interpol et l'ordre arbitral : la prise en considération d'une mesure provisoire arbitrale (CCF, déc. n° 13, publ. 25 janv. 2018) : JDI 2019, chron. 4, p. 581, spéc. p. 592 et s.*).

Dans la présente espèce, ce n'est pas contre l'investisseur demandeur à l'action, mais contre un témoin clé dans un arbitrage CIRDI que fut dirigée la requête d'extradition. L'arbitrage d'investissement avait été initié par Nova, une société néerlandaise ayant le contrôle d'un journal roumain critique du parti politique au pouvoir en Roumanie. La demande arbitrale se fondait sur un traité bilatéral d'investissement entre la Roumanie et les Pays-Bas notamment pour liquidation « *forcée* » de sa branche d'assurance (Astra). La Roumanie alléguait que le seul objectif de l'arbitrage était de protéger les bénéficiaires économiques de la société Nova des poursuites pénales engagées en Roumanie qui, selon l'État, étaient responsables de dissimulation du passif dans les comptes de la société Astra, ce qui avait mené à l'échec de leur investissement. Dan Adamescu, le dirigeant de la société Nova, accusé de corruption des juges en charge de la procédure d'insolvabilité de la société Astra, décéda en prison en 2017. Un mandat d'arrêt européen fut également émis par les autorités roumaines à l'encontre de son fils, Alexander Adamescu, résidant à Londres, afin de le juger pour des faits similaires. La société Nova, demanderesse à l'arbitrage, demanda notamment au tribunal arbitral d'ordonner à la Roumanie de retirer la demande de mandat d'arrêt européen adressée aux autorités britanniques contre Alexander Adamescu. En 2017, le tribunal arbitral CIRDI donna une suite favorable à la demande de la société et ordonna une injonction provisoire à l'encontre de la Roumanie aux fins de retrait ou de suspension du mandat d'arrêt européen émis par l'État pendant la durée de la procédure arbitrale.

Eu égard à l'importance de M. Alexander Adamescu comme témoin dans la procédure d'arbitrage en matière d'investissement, étayé par la société demanderesse et acceptée par le tribunal arbitral, il a été ordonné à la Roumanie de retirer le mandat d'arrêt européen émis à l'encontre de M. Adamescu aux autorités britanniques (*ICSID Case N° ARB/16/19, Nova Group Investments, B.V. v. Romania, Procedural order N° 7, www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9338.pdf*)

Le tribunal arbitral a ainsi jugé que :

« 287. *In these circumstances, there appears to be no one other than Alexander Adamescu who could testify regarding the full range of Nova's investments in Romania and the manner in which they were impacted by the particular State action that Nova challenges in this case.*

Given that Nova apparently no longer has access to Astra's company records, the role of witnesses may be particularly important in this case. [...]

289. *For these reasons, the Tribunal concludes that Alexander Adamescu's availability as a witness is necessary for Nova to present its case in any meaningful way. Accordingly, the analysis next turns to whether his testimony could be secured without the provisional measures Nova requests regarding his extradition*

to Romania. Given the importance of this issue to all concerned – as well as the criticism of the Hydro tribunal for recommending provisional measures regarding extradition, without explaining its reasoning to a greater degree – the Tribunal recounts the issues here in some detail.

290. As a threshold point, Romania contends that it is speculative that Alexander Adamescu would be incarcerated following extradition, either pending his trial or following completion of his trial (i.e., that he would be convicted). [...]

291. The central question then thus becomes whether Alexander Adamescu could participate meaningfully as a witness in this case, from a Romanian prison. [...]

292. [...] Nova expresses significant concern that if Alexander Adamescu were incarcerated, he would not have regular or frequent access to Nova's counsel to develop witness statements for purposes of this case.

[...]

301. For these reasons, the Tribunal has significant concern that if Mr. Adamescu were extradited to and incarcerated in Romania, his participation in this case as a material witness could prove challenging, even by virtue of mechanics alone. The additional factor of his [...] health could complicate the uncertainties. Ultimately, however, the Tribunal need not rest on such concerns, because (as discussed further below), it finds that even if extradition were not flatly incompatible with Mr. Adamescu's role as a material witness, it is incompatible with his additional role as the individual instructing and directing Nova's counsel on the preparation and conduct of its case.

[...]

308. For these reasons, the Tribunal concludes that the first factor under a provisional measures analysis, « necessity », is met regarding Nova's request for a measure recommending that Romania (a) withdraw the European Arrest Warrant and associated extradition request issued for Alexander Adamescu, and (b) refrain from issuing any other European Arrest Warrant or extradition request related to the subject matter of this arbitration, while the arbitration remains pending.

[...]

310. The Tribunal also finds that the requirement of urgency is met with regard to the issue of extradition, in the sense that the recommendation is needed prior to issuance of an award. The evidence is that Alexander Adamescu's extradition hearing is scheduled for 24 April 2017. Nova argues that if the English court upholds the request, he could be extradited to Romania between seven and 17 days after the decision. [...]

313. In short, the Tribunal concludes that a recommendation now is consistent both with the requirement of urgency, and with the principle the Tribunal enunciated at the beginning of this decision, namely that tribunals should recommend only the minimum steps necessary to meet the objectives set out in the Convention. [...]

324. For the reasons stated above, the Tribunal grants the requested measure insofar as it seeks a recommendation that Romania (a) withdraw (or otherwise suspend operation of) the transmission of European Arrest Warrant Ref. 3576/2/2016 by the Romanian Ministry of Justice and associated request for extradition submitted to the Home Office of the United Kingdom on 6 June 2016, and (b) refrain from reissuing or transmitting this or any other European Arrest Warrant or other request for extradition for Alexander Adamescu related to the subject matter of this arbitration while this case remains pending ».

Le tribunal arbitral a ainsi ordonné que soit mis fin à la demande de mandat d'arrêt européen à l'encontre de M. Adamescu, témoin essentiel dans l'arbitrage,

adressée aux autorités britanniques. En revanche, la demande par laquelle l'investisseur sollicitait le tribunal arbitral d'ordonner que soit mis fin aux poursuites pénales engagées contre M. Adamescu a été jugée comme trop intrusive et attentatoire à la souveraineté de l'État roumain de poursuivre des personnes sur son territoire (*Ord. procédure n° 7, § 328*).

Nonobstant l'injonction arbitrale, la Roumanie refusa de retirer la demande de mandat d'arrêt européen au motif que l'ordonnance du tribunal arbitral n'avait qu'une valeur de recommandation. La demande du mandat d'arrêt a abouti à une décision du *Westminster Magistrate's Court* de remise de M. Adamescu aux autorités roumaines, confirmée en appel par la *High Court* le 20 octobre 2020 (*Case N° : CO/1569/2018*).

Pour terminer ces propos relatifs aux injonctions arbitrales de cessation des poursuites pénales, on mentionnera également une sentence récente rendue le 12 mars 2021 dans l'affaire *Rand Investments Ltd. and others v. Republic of Serbia (ICSID n° ARB/18/8)*. Le tribunal arbitral a refusé de prononcer une injonction à l'encontre de l'État serbe visant à lui faire abandonner les poursuites pénales que cet État avait engagées contre un témoin clé de l'affaire. Les demandeurs faisaient valoir que ces poursuites étaient un moyen pour l'État d'obtenir des informations qui seraient, en réalité, utiles seulement à la procédure arbitrale. Les arbitres ont d'abord tenu à rappeler le droit souverain de tout État d'engager des poursuites à l'encontre d'une personne, tout en affirmant que ce droit doit s'exercer de bonne foi et dans le respect du droit, *prima facie*, d'une personne de participer à un arbitrage (*V. déjà en ce sens : Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. and Allan Fosk Kaplužn v. Plurinational State of Bolivia, ICSID n° ARB/06/2, Décision sur les mesures provisoires, 26 févr. 2010, § 123. – V. aussi Churchill Mining PLC and Planet Mining Pty Ltd v. Republic of Indonesia, ICSID Case No. ARB/12/14 and 12/40, ordonnance de procédure n° 14, 22 déc. 2014, § 87*). Le tribunal arbitral a néanmoins considéré que l'investisseur n'avait pas démontré que la procédure pénale ainsi engagée avait pour but d'intimider ou de harceler le témoin, et a estimé que les mesures demandées n'étaient ni nécessaires ni urgentes. Il s'est dit cependant concerné par la juxtaposition des deux procédures et a souligné la vitesse avec laquelle la procédure pénale avait été conduite contre le témoin à l'arbitrage.

Ces affaires ne sont pas sans rappeler une autre affaire arbitrale en matière d'investissement, celle de M. Sergueï Pougatchev contre la Fédération de Russie. M. Pougatchev, naturalisé français, avait initié un arbitrage contre la Russie sur le fondement du traité bilatéral d'investissement franco-russe aux fins d'obtenir une indemnisation, par l'État russe, pour l'expropriation dont il alléguait avoir fait l'objet. Pendant la procédure arbitrale, la Fédération de Russie, défenderesse au procès, avait lancé, *via* les canaux d'Interpol, une demande de recherche internationale, puis une requête d'extradition afin de faire extradier M. Pougatchev depuis la France. En réponse à ces poursuites, M. Pougatchev demandait que le tribunal arbitral ordonne un certain nombre de mesures provisoires, et notamment celles ayant pour objet de suspendre les poursuites pénales contre lui

en Russie, ainsi que les demandes de coopération internationale, telles que l'avis de recherche Interpol et les demandes d'extradition.

Par une sentence partielle du 7 juillet 2017 (www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9372.pdf), si le tribunal arbitral a finalement refusé d'ordonner à la Russie la suspension des poursuites pénales en considérant qu'une telle mesure serait disproportionnée par rapport à l'objet de l'arbitrage dont le tribunal était saisi, il a en revanche accordé la demande visant à la suspension de la procédure d'extradition en France pendant la durée de l'instance arbitrale.

L'affaire Pougatchev c/ la Fédération de Russie montre, une fois de plus, la nouvelle tendance qui se dégage en ce domaine et élargit les contours de l'office arbitral. Les demandes de coopération policière (Interpol) ou judiciaire (par exemple, l'extradition) font désormais leur entrée dans l'office de l'arbitre, notamment dans l'arsenal des pouvoirs dont jouit l'arbitre en matière de mesures provisoires (Y. Banifatemi, *Le pouvoir de l'arbitre*, Recueil des cours de l'Académie de La Haye, publication à venir). Ces pouvoirs peuvent trouver leur fondement dans différents textes applicables à l'arbitrage.

Ainsi, par exemple, dans cette affaire, le tribunal a ordonné la suspension d'une procédure d'extradition en France sur le fondement de l'article 26, 3, du règlement d'arbitrage de la CNUDCI (révisé en 2010). Le texte définit une mesure provisoire comme « *toute mesure temporaire par laquelle, à tout moment avant le prononcé de la sentence qui tranchera définitivement le litige, le tribunal arbitral ordonne à une partie [...] : a) de préserver ou de rétablir le statu quo en attendant que le litige ait été tranché ; b) de prendre des mesures de nature à empêcher, ou de s'abstenir de prendre des mesures susceptibles de causer i) un préjudice immédiat ou imminent ou ii) une atteinte au processus arbitral lui-même ; [...] d) de sauvegarder les éléments de preuve qui peuvent être pertinents et importants pour le règlement du litige [...]* ».

C'est ainsi que le tribunal arbitral, après avoir vérifié que les conditions de nécessité et de proportionnalité de la mesure provisoire étaient remplies, a affirmé :

« 317. *The possible detention of Mr. Pugachev in France for extradition purposes and the eventual incarceration of Mr. Pugachev in Russia, as a result of the France Extradition Request, would cause irreparable harm to Claimant and to the integrity of this arbitration. Claimant's detention or imprisonment would substantially hinder Claimant's ability to present his case before this Tribunal and would prevent him from fully participating in this arbitration.*

318. *Claimant's ability to defend himself would be dramatically undermined. If Claimant were extradited, his incarceration would limit his access to legal counsel, who is based in France. Even if Claimant would be allowed to contact his counsel by videoconference or other similar means, Claimant's imprisonment would undoubtedly limit his capacity to react promptly to developments in this arbitration and to be informed on recent developments in this arbitration. Even if he is allowed to participate in hearings and communicate with his legal counsel through videoconference, such participation in the proceedings would be conditioned to the terms of his imprisonment. Thus, Claimant's imprisonment in*

Russia implies that his availability, and contact with legal counsel and the Tribunal, would be under the control of Respondent.

319. *This Tribunal considers that the harm set out above would not be adequately reparable by an award of damages, and thus even satisfy the stricter interpretation of « irreparable harm » endorsed by Respondent. [...]*

328. *In this case, this Tribunal considers that to suspend the France Extradition Request is proportionate. The France Extradition Request is not divorced from the dispute at issue in this arbitration. As explained above, the possible incarceration of Mr. Pugachev, as a result of the France Extradition Request, would substantially undermine his rights to (i) the integrity of the arbitration and (ii) his ability to defend himself. In particular, Mr. Pugachev would be prevented from adequately and effectively pursuing his case and participating in this arbitration.*

329. *This Tribunal acknowledges that the interim measure would affect Respondent's ability to proceed with the extradition of Mr. Pugachev from France in the immediate future. However, the stay of the France Extradition Request would not definitely terminate it. Indeed, this interim measure solely requires Respondent to suspend the France Extradition Request in the present circumstances and for purposes of preserving the integrity and efficiency of this ».*

Au-delà des textes spécifiques, comme le règlement d'arbitrage de la CNU-DCI, le tribunal arbitral devrait pouvoir prononcer ce type de mesures afin de pouvoir assurer l'égalité procédurale des parties, qui est inévitablement délicate à garantir en raison du rapport déséquilibré des forces entre un investisseur et un État.

2° *Ne bis in idem*

Cass. – crim. – 1^{er} avr. 2020. – n° 19-83.969. – JurisData n° 2020-005367.

L'essor, à l'échelle mondiale de la justice pénale négociée soulève la question de la circulation internationale des accords, destinée à éviter qu'une personne soit poursuivie et condamnée plus d'une fois pour les mêmes faits.

Le droit français, à l'instar d'autres droits nationaux, ne reconnaît pas d'effet international du principe *ne bis in idem* (sur la question A. Mignon Colombet, *Vers une reconnaissance internationale du principe Non bis in idem* : JCP E 2015, 1398. – K. Mehtiyeva, *La notion de coopération judiciaire*, préf. L. Cadiet, t. 597 : LGDJ, 2020). Quelques arrêts sur la question de l'imputation de la peine purgée à l'étranger sont restés isolés (*V. par ex.*, Cass. crim., 23 oct. 2013, n° 13-83.499 : D. 2013, p. 2950, note D. Rebut).

Or, si la coopération en matière d'effets internationaux des jugements répressifs est limitée, la poursuite de certaines infractions transfrontalières, comme la corruption internationale, ne l'est pas moins. Pour s'en convaincre, un seul constat suffit. Depuis l'entrée en vigueur de la convention OCDE en matière de lutte contre la corruption en 1999, aucune action publique n'a été exercée en France du chef de corruption. Outre-Atlantique, au contraire, les enquêtes ont prospéré grâce notamment à ce qu'il est maintenant courant d'appeler les lois américaines extraterritoriales. Mais ce que l'on désigne comme étant le « *long arm of the law* » (*B. Redding, The long arm of the law ou le risque hégémonique de la réglementation américaine sur les marchés internationaux* : *Revue de droit des affaires internationales*, 2007, n° 5, p. 659), n'est en réalité

qu'une application légitime de la loi américaine « à une situation qui présente un rattachement avec son territoire par les effets qu'elle y déroule » (B. Audit, *Rapport de synthèse : RD bancaire et fin. 2015, dossier 55. – Sur la question de l'extraterritorialité, V. not. N. Maziau, L'extraterritorialité du droit entre souveraineté et mondialisation : JCP E 2015, 1343*).

La France s'est également dotée d'un *corpus* de règles anti-corruption en matière de justice transactionnelle et d'organes compétents pour appliquer ces règles. Cet essor de la justice négociée ne doit donc rien au hasard. L'échec des poursuites a laissé un vaste chantier pour le succès de la justice négociée.

L'arrêt de la chambre criminelle rendu le 1^{er} avril 2020 met en lumière une réalité courante des enquêtes transfrontalières en matière de lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions internationales. Les faits remontent à 1994. Un appel d'offres, lancé au Nigeria pour la construction de deux trains de liquéfaction de gaz naturel à Bonny Island, avait été remporté par une joint-venture regroupant des sociétés nigériane, française, anglo-néerlandaise, italienne, américaine et japonaise, lesquelles ont par la suite créé une société commune appelée LNG Servicios e Gestao de Projectos (ci-après « LNG Servicios ») pour la réalisation de l'ingénierie du projet. La société LNG Servicios avait conclu avec une société Tristar, basée à Gibraltar et dirigée par un avocat britannique, cinq contrats ayant pour objet la réalisation de prestations de *lobbying* auprès des autorités nigérianes. Trois de ces contrats ont été approuvés dans des hôtels parisiens.

L'analyse des comptes bancaires détenus par la société Tristar révéla des flux financiers importants au profit notamment d'hommes d'affaires ou de personnalités politiques nigérianes, ce qui fit naître des soupçons de corruption d'agents publics étrangers et donna lieu à l'ouverture d'une information judiciaire en France et à des poursuites aux États-Unis où le dirigeant de la société Tristar fut mis en cause. C'est dans le contexte de ces dernières que le dirigeant de la société Tristar conclut le 11 mars 2011 un accord de « *plaider coupable* » avec le département « *Fraude* » de la direction des affaires criminelles du ministère de la Justice des États-Unis d'Amérique. Aux termes des articles 9 et 10 de cet accord, le dirigeant s'engagea à continuer de « *plaider* » coupable jusqu'au prononcé de la sentence et à coopérer pleinement avec les autorités américaines en fournissant toutes les informations en rapport avec toute activité criminelle connue du défendeur. Sur la base de cet accord de « *plaider coupable* », un juge fédéral américain le condamna à une peine d'emprisonnement de 21 mois et à une amende de cinquante millions de dollars. Ces peines ont été entièrement exécutées aux États-Unis.

En France, à l'issue d'une information judiciaire ouverte par le procureur de la République de Paris des chefs notamment de corruption d'agents publics étrangers, le dirigeant de la société Tristar fut renvoyé devant le tribunal correctionnel pour y être jugé. Devant ce dernier, le prévenu fit valoir l'identité des poursuites pour les mêmes faits et sur le fondement des mêmes documents. Il fut suivi par le tribunal correctionnel de Paris qui, dans son jugement du

24 juin 2014, prononça l'extinction de l'action publique en application de la règle *ne bis in idem*.

Par un arrêt du 21 septembre 2016, les juges d'appel parisiens, saisis sur appel du ministère public, confirmèrent l'extinction de l'action publique sur le fondement de la règle *ne bis in idem* en énonçant que l'accord entre le prévenu et les autorités américaines privait le prévenu de la possibilité de plaider son innocence, de faire valoir son droit de ne pas s'auto-incriminer et d'exercer les droits de la défense. Il convient de préciser que l'accord était assorti d'une clause interdisant au prévenu de contester les faits devant toute autre juridiction, y compris étrangère, et par laquelle il renonçait à son droit de ne pas s'auto-incriminer.

Le procureur général forma alors pourvoi devant la Cour de cassation. La chambre criminelle cassa l'arrêt de la cour d'appel pour violation de l'article 692 du Code de procédure pénale (*Cass. crim.*, 17 janv. 2018, n° 16-86.491 : *JurisData* : 2018-003725 ; *Dr. pén.* 2018, comm. 59, note Ph. Conte. – K. Haeri, V. Munoz-Pons, *Appréciation stricte du principe ne bis in idem en matière de droit pénal international* : D. 2018, p. 1243. – L. d'Avout, *Droit du commerce international* : D. 2018, p. 1934). Dans son arrêt, la Haute Juridiction rappelle que les décisions des juridictions étrangères ne peuvent avoir l'autorité de la chose jugée que lorsqu'elles concernent des faits commis en dehors du territoire de la République. Par conséquent, la comparution devant la juridiction française pour les faits commis, au moins partiellement, sur le territoire français, n'est pas régie par les stipulations de l'accord conclu le 11 mars 2011 avec le ministère de la Justice des États-Unis. L'affaire fut renvoyée devant la cour d'appel de Versailles.

Le 9 mai 2019, la cour d'appel de Versailles infirma le jugement déféré et déclara le prévenu coupable de corruption active d'agent public étranger. Le dirigeant de la société Tristar forma alors un pourvoi en cassation. Le prévenu soutenait notamment qu'il avait déjà été condamné dans un État partie à la convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions internationales du 17 décembre 1997 (OCDE). Or, les faits ayant eu lieu sur le sol français étaient limités à la prise de décision, à laquelle le prévenu n'avait pas participé, de recourir aux services d'intermédiaires d'une société qu'il dirigeait pour verser des commissions à des agents publics étrangers. Le pourvoi soutenait que ces faits ne portaient aucune atteinte à un intérêt distinct de celui protégé par la convention OCDE. Par conséquent, selon le moyen, en s'abstenant de rechercher en quoi des restrictions au droit de se défendre qu'emportait l'accord de « *plaider coupable* » étaient nécessaires et proportionnées au regard de la prétendue atteinte à l'ordre public français, la cour d'appel avait méconnu l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Le pourvoi a finalement été rejeté. Tout d'abord, la Haute Juridiction écarte l'exception prise de l'application de la règle *ne bis in idem* et déclare le prévenu coupable du délit de corruption d'agent public étranger (*arrêt*, § 8). Il est énoncé que, à défaut de précisions dans l'accord à propos de l'extraterritorialité des

obligations contenues dans celui-ci (arrêt, § 9), « *le choix d'un plaider coupable dans le cadre d'un plea bargaining aux États-Unis ne signifie pas nécessairement que l'intéressé renonce à nier sa culpabilité devant une juridiction étrangère, cette décision pouvant obéir à un choix stratégique dans le contexte des procédures judiciaires américaines pour éviter à tout prix la tenue d'un procès aux conséquences incertaines et éventuellement dramatiques* » (arrêt, § 8).

Après avoir scrupuleusement étayé les énonciations des juges d'appel quant à la culpabilité du dirigeant, la chambre criminelle approuve la décision de la cour d'appel et ajoute que « *le moyen qui tend à soumettre les poursuites régulièrement engagées par une autorité judiciaire française à un contrôle de nécessité et de proportionnalité est infondé en ce qu'il se heurte à la souveraineté de l'État français et au principe d'opportunité des poursuites* » (arrêt, § 13).

L'affaire soulève de nombreuses interrogations récurrentes en matière d'infractions transnationales, qui, par définition, se rattachent aux territoires de plusieurs États et donnent lieu à des poursuites éclatées. Comment ces différentes poursuites s'articulent-elles entre elles ? Plus particulièrement, un accord transactionnel conclu avec les autorités de l'un des États est-il susceptible d'éteindre l'action publique devant les juridictions d'autres États compétents pour les mêmes chefs d'infractions en application du principe *ne bis in idem* ? Autrement dit, un accord avec des autorités nationales d'un État peut-il avoir des effets extraterritoriaux ? La question comporte des enjeux surtout lorsque la transaction pénale consiste pour le prévenu à plaider coupable, comme c'était le cas dans l'affaire commentée. Le prévenu est-il alors tenu de plaider coupable dans d'autres États compétents pour poursuivre les mêmes faits ? Dans ce cas, les juges doivent-ils apprécier au cas par cas si les restrictions qu'une telle obligation entraînerait pour le droit de se défendre seraient proportionnées à l'intérêt de l'État poursuivant ? Enfin, les obligations souscrites par le prévenu lors d'un accord de « *plaider coupable* » s'imposent-elles à lui devant les juridictions étrangères ou sont-elles souscrites eu égard à une souveraineté étatique donnée ?

Commençons par les effets extraterritoriaux de l'accord « *plaider coupable* ». Le point 10 de l'accord, rédigé en des termes très larges et sans restreindre son application à un État en particulier, expose le signataire de l'accord à des poursuites pénales pour parjure et entrave à la justice en cas de fausses déclarations réalisées à l'occasion d'une procédure civile ou pénale. Faut-il en déduire que cet accord entraîne une obligation contractuelle à la charge du prévenu dans une procédure étrangère ? La cour d'appel de Versailles a répondu par la négative. Concrètement, « *il ne ressort pas de la lecture du plea agreement du 11 mars 2011 que les obligations qui y figurent [...] aient explicitement vocation à s'appliquer devant les juridictions étrangères ; [...] que les diverses obligations eu égard aux souverainetés respectives des États, ne prennent leur sens que dans le cadre des procédures judiciaires américaines ; qu'elles ne peuvent avoir pour effet d'empêcher un prévenu de se défendre devant une juridiction étrangère* ».

Quant à l'effet extinctif de l'accord transactionnel en dehors de l'État avec lequel la transaction a été conclue, l'arrêt commenté n'est pas sans surprise sur le volet *ne bis in idem* et l'absence d'effet extinctif de l'accord transactionnel conclu

avec le *Department of Justice* (« *DoJ* ») américain. La solution adoptée par la Haute Juridiction n'est pas sans rappeler la solution de l'affaire Pétrole contre nourriture (*Cass. crim.*, 14 mars 2018, n° 16-82.117 : *JurisData* n° 2018-003623 ; *Rev. sociétés* 2018, p. 459, note J.-H. Robert. – A. d'Ornano, *Des conditions du non-cumul des poursuites et des peines en matière internationale* : *Rev. crit. DIP* 2018, p. 643). Il était alors question de savoir si le *Deferred Prosecution Agreement* (« *DPA* ») était assimilable à un jugement étranger ; mais formulée ainsi, la question n'a pas reçu de réponse. L'infraction ayant eu lieu en partie en France, l'État français était compétent pour juger, nonobstant la nature – juridictionnelle ou contractuelle – de l'accord conclu à l'étranger pour les mêmes faits. C'était une application classique du principe *ne bis in idem* qui était réitérée en vertu de l'article 113-2 du Code pénal applicable dès lors que les éléments constitutifs de l'infraction se réalisent sur le territoire national.

Dans le prolongement de l'arrêt Pétrole contre nourriture, à suivre la Cour de cassation dans l'arrêt commenté, ce qui vaut pour un jugement pénal étranger vaut pour un accord amiable conclu à l'étranger. Autrement dit, si un prévenu ne peut faire valoir un jugement de condamnation pour ne pas être poursuivi pour les mêmes faits dans un autre État, il ne peut davantage se fonder sur un accord passé avec une justice étrangère pour invoquer l'extinction de l'action publique en France dès lors que l'État français a une compétence pénale territoriale pour poursuivre les faits litigieux. L'homologation de l'accord amiable à l'étranger ne change rien aux termes du débat. Rappelons que l'accord de règlement passé entre les personnes poursuivies et les autorités de poursuite doit faire l'objet du contrôle et de l'homologation par le juge national. Ainsi, par exemple, en France, la Convention judiciaire d'intérêt public ne peut pas entrer en vigueur tant qu'elle n'a pas été approuvée par le président du tribunal judiciaire au cours d'une audience publique (*CPP*, art. 41-1-2, II. – *Sur les différents rôles du juge en matière d'homologation des accords répressifs*, T. Baudesson, C. Merveilleux du Vignaux, *Convention judiciaire d'intérêt public et deferred prosecution agreement : regards croisés (France, Royaume-Uni, États-Unis). Le rôle du juge* : *Rev. int. Compliance* 2021, p. 23). Que l'accord homologué soit qualifié de jugement ou d'accord, il ne circule pas, faute d'internationalisation de *ne bis in idem*, si bien qu'il n'y a pas d'extinction de l'action publique dans un État étranger sur le fondement de celle-ci.

Or, cette absence de prise en compte en France de l'extinction de l'action publique à l'étranger, lorsque l'infraction est rattachée au territoire français, est révélatrice du manque de coopération entre les États en matière d'effets des jugements répressifs. N'y a-t-il pas une contradiction de logiques entre l'essor de la justice coopérative entre les autorités publiques et les prévenus, d'une part, et l'absence de coopération entre les autorités de différents États lorsque les autorités d'un État sont parvenues à un accord, d'autre part ? Autrement dit, comment éviter le risque qu'une entreprise ne soit exposée à des poursuites successives pour les mêmes faits dans plusieurs États ?

Cette question se pose, à notre sens, avec une particulière acuité depuis l'introduction dans le droit français de la convention judiciaire d'intérêt public

(« *CJIP* ») par la loi Sapin 2 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique. Rappelons que la *CJIP* a été non seulement inspirée par le *Deferred Prosecution Agreement* du droit américain, mais a été même créée en réaction aux poursuites extraterritoriales américaines afin d'égaliser les armes avec la justice transactionnelle américaine en matière de la corruption transfrontière, notamment à l'égard des entreprises françaises. La circulaire du 20 juin 2020 sur la politique générale de lutte contre la corruption internationale (*Circ. n° JUSD2007407C, 20 juin 2020*) accentue ce mouvement. Le texte tend notamment à renforcer le rôle central du Parquet national financier (« *PNF* ») dans la lutte contre la corruption en faisant de lui un interlocuteur privilégié aussi bien au niveau national qu'à l'échelle internationale, notamment pour l'articulation des poursuites et des enquêtes avec des autorités judiciaires étrangères conformément à l'article 4.3 de la Convention OCDE de 1997. Aux termes de ce texte, « *lorsque plusieurs Parties ont compétence à l'égard d'une infraction présumée visée dans la présente Convention, les Parties concernées se concertent, à la demande de l'une d'entre elles, afin de décider quelle est celle qui est la mieux à même d'exercer les poursuites* ».

Or, toutes les législations nationales en matière de lutte contre la corruption sont marquées par un unilatéralisme extraterritorial plus ou moins prononcé. C'est le cas aussi bien du *Foreign Corrupt Practices Act* américain, que du *UK Bribery Act* ou encore de la loi Sapin 2. Dans ce corpus législatif dans lequel aucune place n'est laissée à la coopération entre les autorités de différents États, ce sont les autorités (le *PNF* en France, le *Serious Fraud Office* au Royaume-Uni ou encore le *DoJ* aux États-Unis) qui deviennent les initiateurs de la coopération pénale en la matière. Plus qu'une opportunité des poursuites, c'est l'opportunité de la coopération qui est désormais entre leurs mains.

L'enjeu n'est pas mineur. Dans la circulaire de 2020, la Chancellerie encourage notamment le *PNF* à ouvrir des « *enquêtes miroirs* » (i) lorsqu'il est informé par le Service de l'information stratégique et de la sécurité économique (*SISSE*) d'une procédure à l'étranger diligentée à l'encontre de sociétés françaises, ou (ii) à l'occasion de demandes d'entraide pénale entrantes impliquant des entreprises françaises ou exerçant une activité économique sur le territoire national. Les règles du jeu sont simples : pour coopérer, il faut savoir concurrencer (*sur la question, M. Audit, R. Bismuth et A. Mignon Colombet, Sanctions et extraterritorialité du droit américain : quelles réponses pour les entreprises françaises ? : JCP G 2015, 637*). En outre, les lignes directrices sur la mise en œuvre de la convention judiciaire d'intérêt public, publiées sous l'égide commune de l'AFA et du parquet national financier (*PNF*), le 27 juin 2019, prévoient expressément des dispositions relatives à la coordination internationale des enquêtes (§ 5 : « *la CJIP permet aux autorités de poursuite de pays différents, saisies des mêmes faits, de coordonner la réponse pénale qu'elles souhaitent y apporter. Dans cette hypothèse, la détermination du montant de l'amende d'intérêt public peut faire l'objet d'échanges avec les autorités de poursuites étrangères afin de permettre une appréciation d'ensemble des amendes et pénalités versées par la personne morale* »). Par ailleurs, aux États-Unis, le *Justice Manual* comporte une

disposition similaire invitant le DoJ à « *s'efforcer, dans la mesure du possible de se coordonner avec les autorités étrangères et de prendre en compte, le cas échéant, le montant des pénalités financières réglées à celles-ci dans le cadre de procédures de résolution d'une affaire concernant une entreprise poursuivie pour les mêmes faits* » (art. 5).

À défaut de coopérer en amont par le truchement de la circulation du jugement de condamnation, il ne reste plus qu'à envisager la coopération entre les autorités de poursuite de différents États compétents en raison de la localisation dans ces derniers d'un rattachement à l'un des éléments constitutifs de l'infraction transnationale.

L'affaire Airbus a été notamment une parfaite illustration d'une telle coopération concernant des enquêtes qui se déroulaient simultanément en France, au Royaume-Uni et aux États-Unis. Une revue de conformité de la société Airbus a établi, à la fin de l'année 2015, que certaines déclarations faites à UK Export Finance (« UKEF »), une agence de crédit-export britannique, concernant l'utilisation des intermédiaires commerciaux au sein d'Airbus étaient incomplètes. Tenue contractuellement de corriger les inexactitudes, la société Airbus a signalé à UKEF les irrégularités concernant ses intermédiaires commerciaux, puis a signalé au *Serious Fraud Office* les problèmes dans ses déclarations à UKEF. Par ailleurs, UKEF a porté ces éléments à la connaissance de l'agence française de crédit-export, COFACE, laquelle, sur le fondement de l'article 40 du Code de procédure pénale, a fait un signalement de l'infraction au procureur de la République. À la suite de cette dénonciation, le PNF a ouvert une enquête préliminaire de plusieurs chefs, y compris de corruption d'agent public étranger.

Un accord d'équipe commune d'enquête a été signé le 20 janvier 2017 entre le PNF et le SFO afin notamment de « *mettre en place une stratégie d'enquête coordonnée, faciliter le recueil des preuves et l'analyse technique des données, assurer le partage des informations pertinentes entre les autorités de poursuites, [...] ainsi que d'utiliser ces preuves en vue de poursuites pénales ou de la conclusion d'accords transactionnels* » (CJIP, § 39).

En France, la CJIP a été conclue en coordination avec deux autres accords passés séparément par la société Airbus avec le *Department of Justice* et le *Serious Fraud Office*. L'accord conclu en France le 29 janvier 2020 a été homologué le 31 janvier 2020 (*TJ Paris, 31 janv. 2020, ord. validation*). Malgré le silence des textes nationaux sur la coopération des autorités nationales de poursuites, les trois autorités ont pris en compte mutuellement les amendes décidées par chacune d'elles. Ainsi, le PNF a notamment déduit du montant de l'amende celui versé au titre du *deferred prosecution agreement* conclu avec le DoJ (*sur cet aspect de l'affaire, V. not. A. d'Ornano, Sur la coordination d'accords transactionnels avec des autorités étrangères : Rev. crit. DIP 2020, p. 628*).

Les intérêts réciproques des autorités de poursuite à coopérer dès la phase de l'enquête sont évidents. Les enquêtes portant sur des infractions transfrontalières supposent inévitablement une mobilisation importante par les autorités nationales de leurs pouvoirs d'investigation, qui sont nécessairement limités aux

territoires nationaux. À ce facteur restreignant le périmètre de l'action des autorités s'ajoute celui des spécificités des législations nationales, comme notamment la loi de blocage française (*L. n° 68-678, 26 juill. 1968, relative à la communication de documents et renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique à des personnes physiques ou morales étrangères : JO 27 juill. 1968*) ou encore l'encadrement strict du transfert de données à caractère personnel depuis l'Union européenne vers les États tiers (*PE et Cons. UE, règl. (UE) 2016/679, 27 avr. 2016, dit « Règlement général de protection des données » : JOUE n° L 119, 4 mai 2016*). Or, les enquêtes transfrontalières reposent largement sur le transfert massif des informations. À titre d'illustration, Airbus avait collecté plus de 30,5 millions de documents à l'occasion de son enquête interne (*CJIP Airbus, § 40*). Par ailleurs, l'enquête de l'équipe commune d'enquête franco-britannique a visé plus de mille sept cents entités dans le monde entier qui ont agi en tant qu'intermédiaires commerciaux de la société Airbus ou de ses filiales.

La question de la conciliation avec la loi de blocage du transfert massif des renseignements d'ordre économique depuis la France se pose avec une particulière acuité dans ces enquêtes conjointes. Rappelons que cette loi interdit « sous réserve des traités ou accords internationaux [...] à toute personne physique de nationalité française ou résidant habituellement sur le territoire français et à tout dirigeant, représentant, agent ou préposé d'une personne morale y ayant son siège ou un établissement de communiquer par écrit, oralement ou sous toute autre forme, en quelque lieu que ce soit, à des autorités publiques étrangères, les documents ou les renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique dont la communication est de nature à porter atteinte à la souveraineté, à la sécurité, aux intérêts économiques essentiels de la France ou à l'ordre public, précisés par l'autorité administrative en tant que de besoin » (*L. n° 68-678, 26 juill. 1968, art. 1^{er} mod. par L. n° 80-538, 17 juill. 1980*). La loi prohibe également, toujours sous réserve des traités ou accords internationaux, « à toute personne de demander, de rechercher ou de communiquer, par écrit, oralement ou sous toute autre forme, des documents ou renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique tendant à la constitution de preuves en vue de procédures judiciaires ou administratives étrangères ou dans le cadre de celles-ci » (*L. blocage, art. 1 bis*). C'est en application de ces garde-fous concernant la communication des renseignements sensibles que l'accord d'équipe commune d'enquête a prévu que le partage des informations entre le PNF et le SFO se fera dans le respect des dispositions de la loi de blocage (*CJIP Airbus, § 39*). La coopération internationale entre les autorités montre ici toute sa splendeur. Il s'agit de faire à deux ce que l'on ne pourra pas faire seul, puis de partager l'amende payée par la société entre les budgets des États compétents pour les chefs d'infraction. Ainsi, conformément à l'accord franco-britannique de l'équipe commune d'enquête dans l'affaire Airbus, les éléments recueillis par le PNF dans le contexte de son enquête ont été partagés avec le SFO, en exécution de l'accord de l'équipe commune d'enquête, et le DoJ qui a également ouvert une enquête parallèle sur les violations de *Foreign Corrupt Practices Act*, dans le

respect des dispositions de la loi de blocage, de l'ordre public français et des intérêts essentiels de la Nation (*CPP, art. 694-4*). De son côté, le SFO a également partagé avec le PNF les éléments issus de sa propre enquête (*CJIP, § 45*).

À l'instar de la CJIP conclue dans l'affaire Airbus, les « *deals de justice* » (*A. Garapon et P. Servan-Schreiber (dir.), Deals de justice. Le marché américain de l'obéissance mondialisée : PUF, 2013*) seront-ils le nouveau visage de la coopération pénale en matière de lutte contre la criminalité financière transfrontière ? Ce nouvel outil aura sans doute un destin plus prometteur que celui de la coopération judiciaire pénale classique incarnée par la (non)circulation des jugements répressifs et l'absence de reconnaissance internationale de *ne bis in idem*.

L'arrêt du 1^{er} avril 2020 commenté, ainsi que les arrêts qui l'ont précédé sur l'absence d'effet international de la règle *ne bis in idem* dès lors qu'un des faits (même minime) constitutifs de l'infraction a eu lieu sur le territoire français, montre que les juristes sont encore trop attachés à la souveraineté pénale. La compétence territoriale d'un État l'a emporté sur d'autres considérations, même dans un marché globalisé dans lequel les grands groupes internationaux sont exposés, par le truchement de différentes législations dont les champs d'application se chevauchent souvent, à la multiplication des poursuites contre eux (*sur cette difficulté et ses enjeux, V. X. Boucobza, Y.-M. Serinet, La régulation des groupes internationaux de sociétés : universalité de la compliance versus contrôles nationaux : JDI 2019, doctr. 1, p. 3*).

Mais peut-on encore rester aussi tributaire des frontières, de sa souveraineté ? Certes, la criminalité organisée n'est pas un fait nouveau. Mais aujourd'hui, avec la mondialisation, le rapport de force entre État et société est renversé. L'exemple de l'affaire Airbus suffit pour le constater. Les investigations ont permis d'estimer le profit retiré à partir des contrats obtenus en contrepartie des manquements visés dans la CJIP conclue avec le PNF à la somme de 1 milliard d'euros. C'est le montant que la société Airbus a consenti à verser au titre de la restitution des profits illicites, en plus notamment de l'amende d'intérêt public fixée à un peu plus de 2 milliards d'euros.

Ces montants qui se rapprochent, voire qui excèdent le PIB de certains États, comme notamment celui de la France, témoignent d'une inversion des rapports de force entre l'État et l'entreprise. Face à l'essor de ce phénomène, et faute d'internationalisation de la procédure pénale, c'est la culture, celle des entreprises, qui renouvelle les termes du débat et surtout ses solutions. Le but – la lutte contre la corruption – est partagé par tous ; cela ne soulève aucun doute. Ce but commun permet alors de réunir les États qui auraient été, dans une logique plus traditionnelle, trop attachés à leurs intentions particulières. La communauté d'intérêts permet de s'en émanciper, non pas en traitant le mal, mais ses symptômes, car c'est bien cela qui distingue la répression de l'infraction d'une transaction pénale.

Plus encore, avec ce renversement des rapports des forces, c'est le concept même d'extraterritorialité qui est dépassé. Comme le souligne le professeur

d'Avout, « *la territorialité et l'extraterritorialité ne sont plus des contraires juridiquement pertinents, s'ils l'ont jamais été* » et cette opposition se voit dépassée par « *une gradation plus fine de l'emprise du commandement juridique sur les situations de fait* » (L. d'Avout, *L'extraterritorialité du droit dans les relations d'affaires* : JCP G 2015, p. 1875, spéc. 1883).

II. – LA COOPÉRATION JUDICIAIRE EN MATIÈRE CIVILE

A. – Preuves

[...]

B. – Reconnaissance et exécution des jugements

1° Le trustee d'insolvabilité anglais et l'étendue de ses pouvoirs en France

Cass. – com. – 16 juill. 2020. – n° 17-16.200. – JurisData n° 2020-010191 ; JDI 2021, comm. 13, par Th. Mastrullo.

Une procédure principale de faillite personnelle fut ouverte en Angleterre à l'encontre d'un résident anglais. Dans le patrimoine de ce dernier se trouvait notamment un bien immobilier indivis en France. La procédure était soumise au règlement (CE) n° 1346/2000 relatif aux procédures d'insolvabilité (*Cons. UE, règl. (CE) n° 1346/2000, 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, « règlement Insolvabilité »* : JOUE n° L 160, 30 juin 2000, p. 1). Le syndic anglais désigné dans la procédure d'insolvabilité, connu en droit anglais sous le nom de *trustee*, souhaitait réaliser cet actif et, à cette fin, obtint l'ouverture des opérations de compte, liquidation et partage de l'indivision relativement à l'immeuble en France en application du fameux article 815 du Code civil qui donne un droit au partage à tout indivisaire. Les deux autres coïndivisaires contestèrent l'action du syndic anglais et, après leur échec devant les juridictions du fond, formèrent un pourvoi en cassation.

C'est plus précisément l'étendue des pouvoirs du *trustee* d'insolvabilité anglais et la compatibilité de la réalisation par ce dernier des opérations de liquidation-partage sur un immeuble en France qui faisait difficulté. Il était notamment soutenu devant la chambre commerciale que si, sur le fondement de l'article 18 du règlement Insolvabilité, le syndic désigné par une juridiction compétente en vertu de ce règlement peut exercer sur le territoire d'un autre État membre tous les pouvoirs qui lui sont conférés par la loi de l'État d'ouverture, c'est à la double condition de respecter la loi de l'État membre sur le territoire duquel il entend agir et de s'abstenir d'employer des moyens contraignants. Or, selon le pourvoi, le transfert au syndic de la propriété des biens appartenant au débiteur constitue un procédé contraignant qu'un *trustee* d'insolvabilité anglais ne peut accomplir en France sur le fondement de ce texte. Par conséquent, le demandeur alléguait que la cour d'appel avait violé les articles 3 et 6 du règlement Insolvabilité. Les juges du fond avaient en effet décidé qu'en l'absence de tout exequatur, la procédure principale ouverte par le juge anglais bénéficie d'une reconnaissance de plein droit permettant au *trustee* d'exercer en France tous les pouvoirs qui lui sont conférés par la loi anglaise, dont l'exercice, à la place du failli, d'une action en partage d'un immeuble dont il était propriétaire indivis, dès lors que la propriété a été transférée au syndic par le seul effet du jugement d'ouverture.

Cet argument fut rejeté comme infondé. En vertu du principe de reconnaissance mutuelle, rappelé par la chambre commerciale, toute décision ouvrant une procédure d'insolvabilité prise par une juridiction d'un État membre compétente en vertu de son article 3 est reconnue dans d'autres États membres. L'ordonnance de faillite du juge anglais produisait donc, en tant que décision d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité principale, sans aucune autre formalité dans tout État membre, les effets que lui attribuait la loi de l'État d'ouverture et en particulier le transfert au syndic de la propriété de tous les biens du failli, incluant sa quote-part indivise de l'immeuble situé en France, lui permettant d'exercer sur le territoire de cet État tous les pouvoirs qui lui sont conférés par ce transfert de propriété et en conséquence celui d'agir en partage de l'indivision.

En outre, le pourvoi alléguait, de façon très attendue, que la conception de l'ordre public international s'oppose à ce qu'il soit donné effet à la règle de droit anglais transférant au syndic la propriété des biens du débiteur contre laquelle une procédure d'insolvabilité a été ouverte et que seul le droit d'administration, et non la propriété, qui devait être transféré entraînant à l'encontre du débiteur un simple dessaisissement. L'argument n'a pas emporté la conviction de la Cour de cassation. Si, comme le rappelle la chambre commerciale, tout État membre conserve la possibilité, en vertu de l'article 26 du règlement Insolvabilité, « *de refuser de reconnaître une procédure d'insolvabilité ouverte dans un autre État membre ou d'exécuter une décision prise dans le cadre d'une telle procédure lorsque cette reconnaissance ou cette exécution produirait des effets manifestement contraires à son ordre public* » (§ 9 de l'arrêt), tel n'est pas le cas de la règle du transfert au syndic de la propriété des biens du débiteur résultant de la loi anglaise. Ainsi, le règle du transfert de la propriété indivise au *trustee* qui lui permet d'agir en France en partage de l'indivision entre le failli et l'autre coïndivisaire sur un bien situé en France ne produit pas des effets manifestement contraires à la conception française de l'ordre public international.

L'allégation de la violation de l'ordre public international n'était guère étonnante, tant il est courant que cet argument soit invoqué par les plaideurs dès lors qu'il s'agit d'introduire en France des institutions juridiques étrangères inconnues du droit français. Précédemment, le heurt de l'ordre public international français a été allégué, sans succès, pour l'accueil en France des institutions étrangères comme l'injonction *Mareva* (Cass. 1^{re} civ., 30 juin 2004, n° 01-03.248 et 01-15.452, *M. Wolfgang Stolzenberg c/ CIBC Mellon Trust Company et a.* : *JurisData* n° 2004-024353), l'*anti-suit* injonction (Cass. 1^{re} civ., 14 oct. 2009, n° 08-16.369, *M.W. c/ Sté In Zone Brands Inc.* : *JurisData* n° 2009-049867) ou encore les dommages et intérêts punitifs (Cass. 1^{re} civ., 1^{er} déc. 2010, n° 09-13.303 : *JurisData* n° 2010-022675), tous ayant vaincu l'obstacle de l'ordre public international opposé pour faire échec à leur *exequatur* en France. C'était désormais le tour des pouvoirs du *trustee* d'insolvabilité de passer cette épreuve. L'argument était néanmoins voué à échec.

Si le règlement Insolvabilité laisse à tout État membre la possibilité de s'opposer à la reconnaissance d'une procédure d'insolvabilité ouverte dans un

autre État membre, ainsi qu'à l'exécution d'une décision ouverte à l'occasion d'une telle procédure, c'est à la condition que cette réception produise des effets manifestement contraires à l'ordre public de l'État membre. Or, la Cour de justice de l'Union européenne a considérablement réduit l'exception d'ordre public international invoquée par les États membres dans l'arrêt du 21 janvier 2010, auquel l'arrêt commenté se réfère explicitement (*arrêt commenté*, § 9 : CJUE, 1^{re} ch., 21 janv. 2010, aff. C-444/07, *Mg Probud Gdynia spéc. z o.o.*, pt 34). Il a été notamment jugé que « le recours à la clause de l'ordre public, [...], en ce qu'il constitue un obstacle à la réalisation de l'un des objectifs fondamentaux de celle-ci [la convention de Bruxelles], à savoir faciliter la libre circulation des jugements, ne doit jouer que dans des cas exceptionnels » (CJUE, 28 mars 2000, aff. C-7/98, *Krombach*, pt 19 et 21. – CJUE, 2 mai 2006, aff. C-341/04, *Eurofood*, pt 62).

Plus spécifiquement, en matière de réception de *trusts*, la Cour de cassation avait déjà eu l'occasion de se prononcer sur les modalités de réception de *trust* de droit new-yorkais en France. Entre deux modalités de réception possibles – réception en tant que tel ou réception en le requalifiant en mandat – la Cour de cassation a opté pour une réception de l'instrument dans sa forme originale (*Cass. com.*, 13 sept. 2011, n° 10-25.533, *Belvédère* : *JurisData* n° 2011-018623 ; D. 2011, p. 2518, note L. d'Avout et N. Borga ; D. 2012, p. 1228, obs. H. Gaudemet-Tallon ; D. 2012, p. 2331, obs. S. Bollée ; JCP E 2011, 1803, note R. Dammann et A. Albertini).

L'on retrouve ici le débat quant au choix entre les possibles modalités de reconnaissance d'une institution étrangère inconnue de l'État d'accueil. Faut-il assimiler une institution étrangère au modèle national de l'État de reconnaissance et d'*exequatur*, ou faut-il la reconnaître telle qu'elle est dans son droit national ? Ces deux modèles – celui d'assimilation et celui d'extension (*sur ces deux modèles en matière d'insolvabilité*, R. Dammann, M. Sénéchal, *Le droit de l'insolvabilité internationale* : Joly éd., 2018, n° 595) obéissent à des logiques différentes. Dans la décision *Belvédère* (*préc.*), c'est pour une adoption pure et simple d'un instrument étranger qu'avait opté la Cour de cassation.

La confiance mutuelle entre les États membres qui fonde la méthode de la reconnaissance mutuelle des décisions de justice préconise qu'il en soit de même, à plus forte raison, dans l'Union européenne. Précisément, l'article 17, § 1 du règlement *Insolvabilité* prévoit en ce sens que la décision d'ouverture de la procédure d'insolvabilité principale produit, sans aucune autre formalité, dans tout autre État membre « les mêmes effets » que ceux prévus par la loi de l'État d'ouverture. Lorsqu'une procédure d'insolvabilité est ouverte dans un État membre, elle est soumise intégralement à la loi de cet État membre. Ainsi, notamment, le syndic désigné par la juridiction compétente peut exercer sur le territoire d'un autre État membre tous les pouvoirs qui lui sont conférés par la loi de l'État d'ouverture (*lex fori concursus*) (*règl. Insolvabilité*, art. 18, § 1). Il doit néanmoins « respecter la loi de l'État membre sur le territoire duquel il entend agir, en particulier quant aux modalités de réalisation des biens. Ces pouvoirs ne peuvent inclure l'emploi de moyens contraignants » (*règl. Insolvabilité*, art. 18, § 3). La

limite posée à l'article 18, § 3 du règlement est-elle susceptible d'influencer la méthode de réception du syndic anglais en France ? Autrement dit, le *trustee* d'insolvabilité, se voit transférer en vertu de la *lex fori concursus* (loi anglaise) la totalité des actifs, à titre fiduciaire, tandis que le droit français donne au liquidateur le pouvoir de réaliser les actifs du débiteur pour l'ensemble des créanciers, sans qu'il n'y ait quelconque transfert de propriété. Faut-il alors adopter une vision large de l'étendue des pouvoirs du syndic anglais, sur le fondement de l'article 18, § 1, et transférer la propriété d'une des quotes-parts indivises du failli dans l'immeuble situé en France au *trustee* ou, au contraire, considérer qu'une telle extension serait contraire au paragraphe 3 du même texte et qu'il faudrait, par conséquent, assimiler le *trustee* au liquidateur français ? (V. sur la question, note sous l'arrêt commenté, R. Dammann, A. Sallou, *Avant et post-Brexit : la reconnaissance des pouvoirs d'un syndic anglais* : D. 2020, p. 1799).

En adoptant la conception anglaise du *trustee* d'insolvabilité anglais et en refusant ainsi de le requalifier en mandataire, la Cour de cassation permet ainsi à la *lex concursus* de rayonner pleinement sur le territoire français. La solution mérite d'être approuvée. Elle est cohérente avec l'approche de la Cour de cassation tendant à ne pas convertir les institutions juridiques étrangères ayant obtenu en France la force exécutoire en institution nationale en lui trouvant l'équivalent qui s'en rapprocherait le plus. Une telle approche, tendant à l'« *acculturation des institutions étrangères* » (M.-L. Niboyet, G. de Geouffre de la Pradelle, *Droit international privé* : LGDJ, 7^e éd., 2020, n° 757), est inévitablement réductrice des spécificités nationales du mécanisme juridique étranger. C'est ainsi que la Cour de cassation avait refusé d'assimiler l'injonction *Mareva*, également connue sous le nom de l'ordre de gel (*freezing order*) à une saisie conservatoire française nonobstant la similitude de finalités des deux mesures qui consistent à préserver le droit du créancier de réaliser sa créance (*Cass. 1^{re} civ.*, 3 oct. 2018, n° 17-20.296 : *JurisData* n° 2018-016936 ; *JDI* 2019, *comm.* 11, p. 467, G. Payan. – Ph. Théry, *À propos des mesures conservatoires : la difficile combinaison des injonctions personnelles et des saisies conservatoires* : *RTD civ.* 2019, p. 395 ; *D.* 2019, p. 1016, *obs.* S. Clavel et F. Jault-Seseke ; *Rev. crit. DIP* 2019, p. 215, note S. Ménetrey et G. Cuniberti ; *D.* 2019, p. 1956, S. Bollée. – K. Mehtiyeva, *De l'articulation entre l'injonction Mareva et la saisie conservatoire* : *D.* 2019, p. 475). Avec cet arrêt sur l'injonction *Mareva* ainsi que l'arrêt Belvédère signalé plus haut, la décision commentée s'inscrit dans le même mouvement qui consiste, pour l'État de réception, à coopérer avec l'État d'origine de la décision en l'acceptant dans son ordre juridique telle qu'elle a été rendue, sans passer par une étape de requalification. L'adaptation d'une institution étrangère à celle qui se rapprocherait le plus d'elle dans le droit interne de l'État membre d'accueil, proposée par l'article 54, alinéa 1^{er} du règlement Bruxelles I bis apparaît alors non pas comme une obligation, mais au contraire comme une limite circonscrite à des situations exceptionnelles, notamment lorsque l'adoption de la mesure sans la conversion nationale ne serait pas opérationnelle.

L'enjeu pratique d'une adoption de la qualité de *trustee*, sans sa requalification nationale, est réel. En l'espèce, le *trustee* anglais, ayant acquis la qualité de coïndivisaire, a pu provoquer le partage en agissant lui-même en tant que coïndivisaire sur le fondement de l'article 815 du Code civil, et non pas laisser les créanciers du coïndivisaire failli le faire sur le fondement de l'article 815-17 du Code civil (*V. sur cet aspect de l'arrêt, F. Jault-Seseke, D. Robine, Règlement insolvabilité : pouvoirs du liquidateur anglais sur un immeuble indivis localisé en France : D. 2020, p. 1814*). Certes, c'est la loi française, en tant que *lex rei sitae*, qui s'applique à l'opération de partage. Mais cette dernière est réalisée sur le fondement de l'article 815, et non pas 815-17 du Code civil, comme le soutenait le pourvoi, précisément parce que le *trustee* devient, en vertu de la loi anglaise, *lex fori concursus*, lui-même propriétaire fiduciaire du patrimoine du débiteur insolvable. Ce transfert de propriété n'a pas été jugé par la Cour de cassation comme produisant « *des effets manifestement contraires à la conception française de l'ordre public international* », en application des arrêts Krombach et Eurofood.

Les temps où le droit des procédures collectives a pu être qualifié d'« *un îlot de résistance à l'internationalisation* » (*J. Béguin, Un îlot de résistance à l'internationalisation : le droit international des procédures collectives, Mél. Y. Loussouarn : Dalloz 1994, p. 31*) sont définitivement révolus.

2° Refus d'exequatur en cas d'inconciliabilité des décisions

Cass. – 1^{re} civ. – 16 sept. 2020. – n° 18-20.023. – JurisData n° 2020-013423.

Pour s'en tenir à l'essentiel des faits, sinon passablement complexes, l'on mentionnera simplement qu'une société française avait contracté un prêt hypothécaire auprès d'une société anglaise afin de rembourser une dette à laquelle elle se croyait initialement tenue envers un tiers et qui avait finalement été cédée au prêteur lui-même. Par la suite, néanmoins, elle contesta l'existence de la dette en considération de laquelle elle avait eu recours à l'emprunt et demanda l'annulation du prêt et la mainlevée de l'hypothèque qui l'accompagnait pour défaut de cause ou cause illicite. Pour ce faire, elle saisit le juge français, compétent sur le fondement de la situation de l'immeuble hypothéqué, mais dans le même temps le créancier de la dette contestée intervint volontairement à l'instance. Le tribunal de grande instance de Nice saisi rejeta ces prétentions et décida que les actes concernés reposaient sur une cause réelle et licite. Entre-temps, non plus pour contester la validité du prêt mais contester son exécution, l'emprunteur saisit également la *High Court of Justice of London*, compétente en vertu de la clause attributive de compétence juridictionnelle contenue dans le contrat de prêt. Les juges anglais, par une décision postérieure de 3 ans à la décision française, affirmèrent qu'aucune somme n'était due par l'emprunteur au prêteur. Le prêteur ayant obtenu la reconnaissance de la décision anglaise en France, l'emprunteur contesta celle-ci, arguant de l'inconciliabilité du jugement anglais avec la décision française.

Pour rejeter la contestation du certificat de reconnaissance en France de la décision de la *High Court* du 19 novembre 2010, après avoir énoncé que deux décisions sont inconciliables si elles sont incompatibles dans leur exécution, les

juges du fond retiennent que le procès français portait sur la validité de l'acte d'affectation hypothécaire et avait consacré le principe de l'existence des contrats de prêts en cause, tandis que le procès anglais portait sur le principe de l'exigibilité de la créance et sur une demande de condamnation en paiement, de sorte que les demandes n'avaient pas le même objet et ne pouvaient entraîner des conséquences s'excluant mutuellement. Il en ressortait une possible exécution simultanée des deux décisions, de sorte que rien ne s'opposait à la reconnaissance en France de la décision anglaise. Mais la Cour de cassation, au visa de l'article 34, 3, du règlement Bruxelles I casse cette décision. Elle rappelle d'abord que « *selon l'article 33 point 1) de ce règlement, les décisions rendues dans un État membre sont reconnues dans les autres États membres, sans qu'il soit nécessaire de recourir à aucune procédure. L'article 34 de ce règlement prévoit toutefois à son 3) qu'une décision n'est pas reconnue si elle est inconciliable avec une décision rendue entre les mêmes parties dans l'État membre requis. Statuant sur l'article 27.3° de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, dont les termes sont identiques à ceux de l'article 34, 3), la Cour de justice des Communautés européennes a précisé qu'afin d'établir s'il y a inconcilabilité au sens de ce texte, il convenait de rechercher si les décisions en cause entraînaient des conséquences juridiques qui s'excluaient mutuellement (CJCE Hoffmann c. Krieg 4 février 1988 C 145/86, point 22)* ». Faisant ensuite application de ces principes, la Haute Juridiction estime que le jugement de la *High Court*, qui avait retenu que la dette ayant justifié le recours au prêt n'existait pas, entraînait des conséquences juridiques qui s'excluaient mutuellement avec celles du jugement français rejetant la demande en nullité de ce même engagement pour défaut de cause en raison du règlement intégral de celle-ci avant le prêt litigieux. Ces décisions étaient donc bel et bien inconciliables.

La solution est à approuver pour deux raisons.

En premier lieu, parce qu'elle est respectueuse de la jurisprudence de la CJUE en la matière et plus précisément de l'interprétation de la notion autonome d'inconciliabilité, au cœur de la question. Les juges européens ont, de longue date, opté pour une vision conséquentialiste de l'inconciliabilité, qui se donne à voir là où « *les décisions en cause entraînent des conséquences juridiques qui s'excluent mutuellement* » (CJCE, 4 févr. 1988, aff. 145/86, Hoffmann). Le prisme avec lequel le juge doit comparer les décisions est donc celui des effets qu'elles produisent (CJCE, 6 juin 2002, aff. C-80/00, Italian Leather). L'appréciation de l'inconciliabilité de deux décisions au regard de leurs conséquences et non de leur cause présente de nombreux mérites (V. déjà M. Contamine-Raynaud, *L'inconciliabilité de jugements : de l'autorité judiciaire à la raison judiciaire*, in *Mél. offerts à P. Raynaud* : Dalloz, p. 1985. – Adde M.-L. Niboyet, G. Geouffre De La Pradelle, *Droit international privé* : Lextenso, 2020, n° 819). C'est là également une expression de la prise de distance de la notion d'inconciliabilité avec celle d'autorité de la chose jugée (V. F. Mailhé, note ss. cet arrêt, JCP G 2020, 1131).

En second lieu, parce qu'une telle solution est respectueuse de l'esprit animant le droit des contrats. Considérer qu'une décision déclarant un contrat valablement formé est compatible avec une décision refusant de reconnaître la créance qu'il est censé faire naître aurait exalté sur le plan procédural la séparation classique d'ordre substantiel entre formation et exécution du contrat, dont on sait qu'elle est désormais de plus en plus souvent transcendée (notamment dans l'appréciation de l'obligation d'information, des frontières entre vices du consentement et garanties, ou encore de l'appréciation de la validité d'une condition suspensive). Bien qu'une telle *summa divisio* ne doive en rien disparaître (*V. sur sa défense : O. Penin, La distinction de la formation et de l'exécution du contrat, préf. Y. Lequette : LGDJ, 2012*), elle ne saurait éclairer trop fortement l'appréciation de la possible coexistence des décisions de justice étrangères qui se seraient placées chacune sur l'un des deux terrains. La Cour de cassation prend ainsi le soin de souligner l'hypothèse, ou du moins l'une des hypothèses, dans laquelle une décision rendue à propos de la formation du contrat peut venir contredire celle rendue à propos de son exécution. Il en va ainsi, comme en l'espèce, lorsque le grief factuel est commun aux deux actions distinctes qu'il sous-tend. En effet, ici, l'emprunteur s'était concrètement plaint deux fois de la même chose, c'est-à-dire de l'inexistence de la dette en raison de laquelle il avait souscrit un prêt. Simplement, il n'en avait pas tiré les mêmes arguments juridiques devant les deux juges saisis. Alors qu'un juge avait été sensible à l'argument (le juge anglais), et pas l'autre (le juge français), il aurait été inopportun de reconnaître la décision anglaise, ce qui aurait abouti à stériliser les effets du contrat d'ores et déjà reconnu valable en France. En revanche, il n'y a pas d'inconciliabilité lorsqu'un premier jugement rendu dans un État membre a, par exemple, admis la validité du contrat au regard d'un fait perturbateur allégué (vice du consentement, défaut de capacité ou pouvoir, but illicite, etc.), puis qu'un second a refusé de lui faire produire effet au vu d'une tout autre source de contestation (difficulté d'interprétation de son contenu, examen de faits justificatifs de son inexécution, etc.). Rien ne s'oppose alors à la reconnaissance de ce dernier jugement dans l'État où a été rendu le premier.

III. – LA COOPÉRATION JUDICIAIRE EN MATIÈRE ARBITRALE

A. – Le juge d'appui

[...]

B. – Le juge du provisoire et du conservatoire

Symbolisant le sommet des pouvoirs du juge judiciaire en matière probatoire, la procédure de *discovery* est emblématique de la procédure de *Common Law*. Or, bien que les arbitres eux-mêmes accèdent régulièrement à des demandes de production forcée pour des volumes de pièces comparables, des parties à l'arbitrage peuvent être tentées de se tourner vers le juge étatique notamment américain pour étoffer leur dossier probatoire par la voie d'une procédure de *discovery*.

C'est sur le point de savoir si le juge étatique américain peut de cette manière prêter main-forte à l'arbitre que gît l'actuelle controverse qui divise les

juridictions américaines. À l'origine de cette difficulté se trouve un texte fondamental, l'article 1782 du titre 28 du *US Code*, qui prévoit le pouvoir d'injonction en matière probatoire des *District Courts*, y compris le pouvoir d'ordonner une *discovery*. Or, ce texte est aussi applicable lorsque la juridiction concernée reçoit une commission rogatoire ou une autre forme de requête en provenance d'un tribunal étranger ou encore international (« *foreign or international tribunal* »). Se pose alors la question de savoir si un tribunal arbitral peut être ou non considéré comme un tribunal « étranger » ou encore un tribunal « international » au sens de ce texte. Les *Circuits* sont divisés. Le *Second Circuit* a poussé fortement en faveur d'une exclusion des tribunaux arbitraux du champ du texte (*V. In re Application of Hanwei Guo for an Order to Take Discovery for Use in a Foreign Proceeding Pursuant to 28 U.S.C. § 1782*, 965 F.3d 96 (2d Cir. July 8, 2020)), tout comme le *Fifth Circuit* (*Republic of Kazakhstan v. Biedermann Int'l*, 168 F.3d 880, 883 (5th Cir. 1999)). Pour leur part, les *Fourth* et *Sixth Circuits* ont déjà pris une position inverse (*pour ce qui est du Fourth Circuit, c'est précisément dans l'affaire commentée que les juges se sont prononcés : V. Servotronics, Inc. v. Boeing Co.*, 954 F.3d 209, 210 (4th Cir. 2020)), de même que le *Restatement* du droit américain de l'arbitrage commercial et d'investissement (rédigé sous la supervision de George Bermann, Jack Coe, Christopher Drahozal and Catherine Rogers), qui milite nettement pour l'application de ce texte à l'arbitrage.

C'est cette controverse qui a conduit la Cour suprême des États-Unis, dans une communication publiée le 22 mars 2021, à accepter de connaître du recours d'une société new yorkaise partie à un arbitrage international qui n'a pu obtenir la procédure de *discovery* qu'elle espérait devant le *Seventh Circuit* (*V. n° 19-1847, Servotronics, Inc. v. Rolls-Royce PLC et a.*). Les juges ont considéré à titre préliminaire que la notion de tribunal « étranger » dans ce contexte signifiait « *un tribunal gouvernemental, administratif ou quasi-gouvernemental, fonctionnant selon les pratiques et procédures d'un pays étranger* » ; ils ont également mis l'accent sur l'idée que l'accès à la procédure de *discovery* pour des arbitrages se déroulant en dehors des États-Unis ne serait pas cohérente avec le défaut d'accès à cette même procédure pour les arbitrages domestiques américains, qui ne sont couverts que par le *Federal Arbitration Act*, lequel ne prévoit pas une telle possibilité.

Il faut attendre désormais la décision de la Cour suprême américaine, qui devra trancher entre les deux approches possibles de la question, dans une décision future à l'importance pratique considérable.

C. – Juge de l'annulation et de l'exequatur

1° CA. – Paris. – 23 juin 2020. – n° 17/22943.

Court of Appeal. – Londres. – Kout Food Group (Kuwait) [2020] EWCA Civ 6.

Tout comme l'affaire Dallah en son temps (*Dallah Estate and Tourism Holding Company v. The Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan* [2010] UKSC 46. – CA Paris, 17 févr. 2011, n° 09/28533, Gouvernement du Pakistan, min. Affaires religieuses c/ Sté Dallah Estate and Tourism Holding Company : *JurisData* n° 2011-004798 ; JCP G 2011, 1432, n° 2, obs. Ch. Seraglini ; JDI

2011, *comm.* 8, p. 395, *note I. Michou* ; *CAPJIA* 2011, p. 433, *note G. Cuni-berti* ; *LPA* 2011, n° 225 à 226, p. 5, *note L.-C. Delanoy* ; *Rev. arb.* 2012, p. 369, *note F.-X. Train*), l'affaire Kout Food a pour principal intérêt de faire saillir les différences d'approches française et anglaise lorsqu'il s'agit d'apprécier l'existence d'une convention d'arbitrage entre les parties, en particulier par une extension de la clause compromissoire à un non-signataire.

En 2001, une société libanaise de restauration, Kabab Ji, avait conclu avec une société koweïtienne, al-Homaizi Foodstuff un contrat assurant le développement et l'exploitation de la marque Kabab Ji au Koweït pendant 10 ans. Il était prévu qu'un contrat de franchise soit conclu pour chaque espace de vente. Les différents contrats prévoyaient tous l'application du droit anglais et le recours à un arbitrage CCI à Paris en cas de litige. Par la suite, en 2004, la société koweïtienne informa son cocontractant de la restructuration de son groupe et de la création d'une *holding* koweïtienne, la société Kout Food, ce à quoi consentit la société libanaise sous la réserve que cette restructuration ne produise pas de conséquence sur « *les termes et conditions des accords déjà signés* ». La période initiale de coopération étant finalement arrivée à expiration, face au défaut d'accord sur un renouvellement, la société libanaise introduisit une procédure d'arbitrage à l'encontre de Kout Food destinée à contester les conditions de la rupture des relations contractuelles nouées entre les parties. Le tribunal arbitral considéra la société Kout Food comme liée par les conventions d'arbitrage incluses dans lesdits contrats et la condamna à verser différentes indemnités au demandeur. Dans le même temps où Kout Food recherchait l'annulation de la sentence en France, la société libanaise en demanda l'exécution en Angleterre. Les juges français et anglais se virent poser une question identique, et bien connue du reste, celle du traitement à réserver à une société non-signataire de la convention d'arbitrage mais s'étant impliquée dans l'exécution du contrat abritant cette convention.

Les juges anglais, appliquant la méthode conflictualiste désignèrent la loi applicable à la convention d'arbitrage en lui appliquant la clause de droit applicable contenue dans les accords litigieux, ce qu'ils firent à faire au vu notamment de la définition du terme contrat, retenue dans ces accords comme englobant « *toutes les dispositions du contrat* », en ce compris donc la clause compromissoire. La clause de définition du contrat joua donc un rôle inhibiteur du principe d'indépendance de la convention d'arbitrage à l'égard du contrat principal, dans la mesure où ce principe a en général vocation non seulement à sauver la clause compromissoire en cas d'anéantissement du contrat principal mais également à justifier l'application à la convention d'arbitrage d'une loi différente de celle applicable au contrat litigieux (*V. en France sur ce point, déjà les arrêts Hecht, CA Paris, 19 juin 1970 : JCP 1971, II, 16927, note B. Goldman ; Rev. arb.* 1972, p. 67, *note Ph. Fouchard*. – *CA Paris, 25 janv. 1972, Quijano Aguero v. Marcel Laporte : Rev. arb.* 1973, p. 158, *note Ph. Fouchard*. – *Cass. 1^{re} civ.*, 3 mars, 1992, n° 90-17.024, *Sonetex : JurisData* n° 1992-00073 ; *Rev. arb.* 1993, p. 273, *note P. Mayer*. – *Et sur la différence sur ce point des conceptions anglaises et française de l'indépendance, ou séparabilité, de la convention d'arbi-*

trage : E. Gaillard, *Les vertus de la méthode des règles matérielles appliquées à la convention d'arbitrage (Les enseignements de l'affaire Kout Food)* : *Rev. arb.* 2020, p. 701).

À la lumière de la loi anglaise, les juges anglais refusèrent d'appliquer la convention d'arbitrage à la société Kout Food, s'appuyant sur la clause de non-modification orale (*No Oral Modification clause*) contenue dans les contrats où était insérée la clause compromissoire pour en tirer l'absence de consentement de Kout Food à la convention d'arbitrage, faute d'écrit en ce sens.

Tout au contraire, et très classiquement (*V. not la célèbre affaire Dallah qui opposa déjà les solutions françaises et anglaises sur cette question* : *CA Paris*, 17 févr. 2011, n° 09/28533 : *JurisData* n° 2011-004798), les juges français firent application de la règle matérielle, permettant d'apprécier l'existence et l'efficacité de la convention d'arbitrage, ce qui les conduisit à appliquer ladite convention à la société Kout Food en raison de l'absence de formalisme du consentement à l'arbitrage, caractéristique de la règle matérielle, et de l'implication de Kout Food dans l'exécution des contrats litigieux. Il faut remarquer ici que, contrairement à ce que l'on peut parfois voir affirmé, c'est bien d'une véritable règle matérielle qu'il s'agit – et non d'une règle de conflit qui désignerait la loi française laquelle proclamerait l'efficacité de la convention d'arbitrage ; il suffit, pour s'en convaincre, d'observer que ladite règle joue dès lors qu'un juge français vient à connaître de la question, que l'arbitrage ait son siège en France ou à l'étranger (*V. sur ce point, tout particulièrement* : E. Gaillard, *préc.* – I. Fadlallah et D. Hascher, *Les grandes décisions du droit de l'arbitrage commercial* : Dalloz, 2019).

Une telle opposition des juridictions françaises et anglaises illustre le conflit plus général d'approches que l'on retrouve lorsque l'on examine les diverses décisions rendues sur la même question comme cela a été mis en lumière (*H. Barbier, A. Fessas, Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale, chronique des sentences arbitrales* : *JDI* 2020, *chron.* 9, p. 1413). L'approche conflictualiste a les faveurs de certaines sentences (*Sent. CCI*, n° 10758 (2000) : *JDI* 2001, p. 1171 ; *Sent. CCI* n° 5730 (1988) : *JDI* 2020, *chron.* 9, p. 1413, *H. Barbier et A. Fessas préc., spéc.* p. 1029), ainsi que de plusieurs juridictions étatiques. Elle conduit parfois à appliquer la loi du fond gouvernant le contrat litigieux, comme ont pu le faire des juges anglais avant l'arrêt commenté (*High Court*, 4 Febr. 2004, *Peterson Farms Inc. v. C&M Farming Ltd*, 2004, *EWHC* 121, § 45 (*Comm.*) – *V. néanmoins sur les variations et subtilités de la jurisprudence anglaise* : E. Gaillard, *préc.*), alors que dans d'autres cas, ce sont les règles de conflit du siège de l'arbitrage qui ont été appliquées, par exemple en Suisse (*Trib. féd.*, 19 août 2008, n° 4A_128/2008, *spéc.* § 4.1.1.), voire la loi du lieu d'exécution de la sentence, comme cela a pu être le cas aux États-Unis (*Court of Appeals (2^e circuit)*, 14 Apr. 2005, *Sarhank Group v. Oracle Corp.*, 404 F.3d 657. – *Adde G. Born, International commercial arbitration*, p. 1491 et s.).

C'est dire combien la méthode conflictualiste est ici porteuse de solutions contradictoires et donc d'insécurité juridique (*V. en ce sens E. Gaillard, Les vertus*

de la méthode des règles matérielles appliquées à la convention d'arbitrage (Les enseignements de l'affaire Kout Food) : *Rev. arb.* 2020, p. 701. – Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international* : Litec, 1996, n° 425 et s. – H. Barbier, A. Fessas, *préc.*).

C'est pourquoi la méthode de la règle matérielle lui est désormais souvent préférée par les arbitres, au moins depuis la sentence *Dow Chemical* (Sent. CCI n° 4131 (1982) : *Rev. arb.* 1984, p. 137 ; *JDI* 1983, p. 899, obs. Y. Derains. – Et pour d'autres sentences en ce sens : Sent. CCI, n° 5103 (1988) : *JDI* 1988, p. 1212, obs. Y. Derains. – Sent. CCI n° 5721 (1990), S. Jarvin, Y. Derains et J.-J. Arnaldez ; *Rec. Sent. Arb. CCI 1986-1990*, p. 400. – Sent. CCI n° 8385 (1995) : *JDI* 1997, p. 1068, obs. Y. Derain. – S. Jarvin, Y. Derains et J.-J. Arnaldez, *préc.*, p. 474. – Sent. CCI n° 6610, J.-J. Arnaldez, Y. Derains, D. Hascher, *préc.*, 1991-1995, p. 277 (1997). – Sent. CCI n° 7604 et 7610 (1995 et 1996) : *JDI* 1998, p. 1027, obs. D. Hascher, et p. 1053, obs. J.-J. Arnaldez. – Sent. CCI n° 10758 (2000) : *JDI* 2001, p. 1171, obs. J.-J. Arnaldez. – Sent. CCI 14753 (2008) : *JDI* 2011, *chron.* 11, p. 1257). Une sentence récemment rendue dans un arbitrage se déroulant en Suisse a d'ailleurs affirmé que « le Tribunal n'appréciera pas en premier lieu la portée de la clause arbitrale sur la base des règles d'un droit national » et s'en est remis à la méthode d'appréciation développée depuis la sentence *Dow Chemical* (Sentence CCI n° ICC-FA-2020-245, sur laquelle H. Barbier, A. Fessas, *préc.*, n° 2).

2° Cass. – 1^{re} civ. – 2 déc. 2020. – n° 19-15.396. – Schooner.

Cass. – 1^{re} civ. – 4 mars 2020. – n° 18-22.019. – Antrix. – JurisData n° 2020-003281 ; *JDI* 2021, comm. 15, Cl. Debourg

Les deux arrêts ci-dessous commentés répondent à une question tout à la fois simple et porteuse de lourdes conséquences, qui est celle de savoir comment doit être comprise l'« irrégularité » que les parties à l'arbitrage doivent soulever en temps utile, sous peine d'irrecevabilité devant le juge de l'annulation ou de l'exequatur, conformément à l'article 1466 du Code de procédure civile.

Trois conceptions au moins sont envisageables. Dans une approche favorable au maintien de la sentence et rigoureuse pour la partie qui la conteste, l'on peut considérer que cette dernière doit invoquer devant l'arbitre tout moyen juridique au soutien d'une cause d'annulation de la sentence, étant réputée avoir renoncé aux moyens oubliés et tardivement évoqués devant le juge étatique. Dans une approche plus fragilisatrice de la sentence et bien moins stricte pour la partie contestataire, il peut simplement être demandé à une partie d'invoquer une cause de nullité devant l'arbitre, ce qui l'autorise à poursuivre cette même cause de nullité devant le juge étatique mais par des moyens et arguments différents. Enfin, dans une approche tout aussi clémente pour la partie mécontente de l'arbitrage, il peut simplement être attendu d'elle qu'elle invoque devant l'arbitre le fait pathologique qui lui paraît contestable, ce qui l'autorise, une fois devant le juge étatique, à poursuivre des causes de nullité non développées devant l'arbitre pourvu qu'elles trouvent ancrage dans ledit fait invoqué en temps utile.

Alors que dans les deux affaires, la cour d'appel de Paris avait adopté la première approche, la Cour de cassation censure ces décisions en recourant tour à tour à la deuxième puis à la troisième approche.

Dans l'affaire Schooner, qui a donné lieu à une décision du 2 décembre 2020 rendue par la Cour de cassation, des investisseurs américains avaient pris des participations dans trois sociétés polonaises et avaient ensuite constitué une société en Pologne afin de percevoir les commissions versées par les trois sociétés polonaises pour des services de gestion. Les trois sociétés polonaises déclarèrent ces commissions comme des charges déductibles au titre de l'impôt sur les sociétés et de la taxe sur la valeur ajoutée. Or, contestant la réalité des services de gestion, les services fiscaux polonais notifièrent un redressement à l'une d'elles, qui fut finalement déclarée en faillite. Les investisseurs, soutenant que la République de Pologne les avait illégalement expropriés de leur investissement dans la société liquidée, introduisirent une requête d'arbitrage auprès du CIRDI sur le fondement du TBI États-Unis – Pologne. Le tribunal arbitral, considérant que le litige concernait des questions de fiscalité et non une obligation relative au respect et à l'exécution d'un contrat d'investissement se déclara incompétent sur ce point du litige. Du point de vue des investisseurs, c'est à tort que le tribunal arbitral s'était déclaré incompétent, non seulement car il ne pouvait appliquer une clause d'exclusion de la fiscalité dans l'hypothèse où les actions de l'État n'étaient pas menées de bonne foi, mais encore puisque, selon eux, il aurait dû retenir sa compétence sur le fondement de la clause de la nation la plus favorisée. Les juges du fond déclarèrent leur recours en annulation irrecevable dans la mesure où, si les investisseurs avaient soutenu que le tribunal arbitral était compétent, ils n'avaient « *plaidé dans l'instance arbitrale ni l'usage abusif de cette exclusion, ni le bénéfice de la clause de la nation la plus favorisée* », et que « *la renonciation présumée par l'article 1466 précité du code de procédure civile vise des griefs concrètement articulés et non des catégories de moyens* » (CA Paris, 2 avr. 2019, n° 16/24358 : *Daloz actualité*, 17 avr. 2019, obs. J. Jourdan-Marques ; *CAPJIA* 2019, p. 751, note C. Crozet Daignemont). Mais la Cour de cassation censure la décision en ces termes : « *vu les articles 1520, 1°, et 1466 du code de procédure civile : 5. Selon le premier de ces textes, le recours en annulation est ouvert si le tribunal s'est déclaré à tort compétent ou incompétent. Aux termes du second, la partie qui, en connaissance de cause et sans motif légitime, s'abstient d'invoquer en temps utile une irrégularité devant le tribunal arbitral est réputée avoir renoncé à s'en prévaloir. 6. Il en résulte que lorsque la compétence a été débattue devant les arbitres, les parties ne sont pas privées du droit d'invoquer sur cette question, devant le juge de l'annulation, de nouveaux moyens et arguments et à faire état, à cet effet, de nouveaux éléments de preuve. 7. Pour déclarer irrecevables les moyens fondant la compétence du tribunal arbitral tirés, d'une part, de l'usage abusif par la République de Pologne de l'exclusion des questions fiscales par l'article VI du Traité, d'autre part, du bénéfice de la clause de la nation la plus favorisée stipulée à l'article I du Traité, l'arrêt retient que, ceux-ci n'ayant pas été plaidés devant le tribunal arbitral, les investisseurs ne sont pas recevables à développer devant le juge de l'annulation un argumentaire différent en droit et en fait de celui qu'ils avaient soumis aux arbitres,*

auquel ils sont présumés avoir renoncé. 8. En statuant ainsi, la cour d'appel a violé les textes susvisés ».

On retrouve ici étendu à la procédure d'annulation ou de contestation de l'exequatur l'esprit de la procédure d'appel, à l'occasion de laquelle une partie peut toujours soulever de nouveaux moyens dès lors qu'ils se rattachent à une demande déjà soutenue en première instance (*CPC, art. 563*). Dans l'articulation entre instance arbitrale et instance étatique, il n'y a ainsi pas d'obligation de concentration des moyens relatifs à la compétence ou l'incompétence du tribunal arbitral (*l'obligation de concentration des moyens existant en revanche, tout comme dans une procédure étatique, dès lors que doivent être articulées deux procédures arbitrales successives ou une procédure arbitrale et une procédure étatique successives : Cass. 1^{re} civ., 28 mai 2008, n° 07-13.266 : JurisData n° 2008-044114*). Chacun perçoit combien est alors grande ouverte la voie de contestation de la sentence sur le fondement de l'incompétence du tribunal arbitral, puisqu'une partie qui se sera contentée de soulever devant l'arbitre, par exemple, l'inexistence de la convention d'arbitrage, pourra une fois face au juge étatique invoquer un défaut de validité quel qu'il soit (capacité, pouvoir, intégrité du consentement, vice de forme), ou bien l'inarbitrabilité du litige, voire encore l'inapplicabilité au litige de la clause compromissoire. Au demeurant, tout praticien sait que la contestation de la compétence est fréquente dans une instance arbitrale, même partielle, du tribunal, si bien que l'existence posée par l'article 1466 du Code de procédure civile est réduite à une peau de chagrin pour ce qui est du grief d'incompétence du tribunal arbitral. On ne voit pas en quoi, en tout cas, une telle solution garantit la loyauté procédurale dont l'article 1466 est en principe une incarnation. Au contraire même, elle est source d'effets pervers. La consigne logique qui en découle pour les conseils d'une partie à l'arbitrage est de soulever une cause d'incompétence quelle qu'elle soit pour se ménager cette cause de contestation devant le juge étatique le moment venu si nécessaire.

Il n'est ainsi pas certain qu'une telle approche soit la mieux à même de ménager, d'un côté la loyauté procédurale, et de l'autre, l'effectivité du contrôle étatique de la sentence. En réalité, l'on se demande si la troisième conception de ce qu'est une irrégularité, au sens de l'article 1466 du Code de procédure civile, ne serait pas la meilleure, c'est-à-dire une conception factuelle en vertu de laquelle il suffirait (mais il serait aussi nécessaire) qu'une partie s'émeuve devant l'arbitre d'un point factuel problématique, pour qu'elle puisse ensuite y puiser toute cause de nullité devant le juge étatique, en ce compris des causes d'incompétence ou de constitution irrégulière du tribunal arbitral non soulevées devant l'arbitre.

C'est cette conception que l'on retrouve mise en œuvre dans l'affaire Antrix ayant donné lieu à un arrêt du 4 mars 2020 rendu par la Cour de cassation.

En l'espèce, des sociétés de droit indien Antrix et Devas avaient conclu un contrat commercial comportant une clause compromissoire, aux termes de laquelle le siège de l'arbitrage serait situé à New Delhi et la procédure d'arbitrage conduite conformément aux règles et procédures de la Chambre de commerce

internationale (CCI) ou de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI). À la suite d'un différend, la société Devas saisit la CCI d'une demande d'arbitrage et aux fins de constitution du tribunal arbitral. Le tribunal arbitral fut ainsi complété par la CCI et une sentence fut finalement rendue puis revêtue de l'*exequatur*. La société Antrix contesta l'ordonnance d'*exequatur* mais son recours fut jugé irrecevable par les juges du fond, qui considérèrent que cette société avait renoncé à se prévaloir de l'irrégularité affectant la désignation du tribunal arbitral. En effet, devant les arbitres, Antrix avait soulevé l'inapplicabilité de la clause compromissoire pathologique au regard de son équivocité, puisque celle-ci désignait deux institutions d'arbitrage et non une seule. Or, devant le juge de l'*exequatur*, Antrix ne soutenait plus l'inapplicabilité de la clause compromissoire mais considérait plutôt qu'elle mettait en place un arbitrage *ad hoc* et non institutionnel, ce dont découlait l'irrégularité de nomination des arbitres par la CCI. C'est cette évolution de l'argumentation de la requérante qui n'est finalement pas sanctionnée par la Cour de cassation qui, sur le fondement des articles 1466 et 1506, 3° du Code de procédure civile, énonce que « 3. Aux termes du premier de ces textes, étendu par le second à l'instance arbitrale internationale, la partie qui, en connaissance de cause et sans motif légitime, s'abstient d'invoquer en temps utile une irrégularité devant le tribunal arbitral est réputée avoir renoncé à s'en prévaloir. [...] 5. En statuant ainsi, alors que l'invocation par la société Antrix, devant le tribunal arbitral, du caractère pathologique de la clause prévoyant une procédure d'arbitrage conduite conformément aux règles et procédures de la CCI ou de la CNUDCI emportait nécessairement contestation de la régularité de la composition du tribunal arbitral, constitué sous l'égide de la CCI, dès lors que l'option alternative du choix des règles de la CNUDCI offerte par la clause impliquait un arbitrage *ad hoc*, exclusif d'un arbitrage institutionnel, de sorte que l'argumentation soutenue devant le juge de l'*exequatur*, selon laquelle la clause d'arbitrage viserait un arbitrage *ad hoc* sans intervention de la CCI dans la désignation du tribunal arbitral, n'était pas contraire à celle développée devant celui-ci, la cour d'appel a violé les textes susvisés ».

À la différence des faits à l'origine de l'arrêt Schooner, dans l'affaire Antrix, la partie contestant la sentence avait d'emblée perçu et soulevé le caractère pathologique de la clause compromissoire. Simplement, devant les arbitres, elle en avait tiré une cause d'incompétence du tribunal arbitral, alors que, devant le juge de l'*exequatur*, elle avait porté le fer sur le terrain de la constitution irrégulière du tribunal arbitral, cause distincte, comme chacun sait, d'annulation ou de non-*exequatur* de la sentence.

Qu'importe, a pensé la Cour de cassation, dès lors que le point qui faisait difficulté avait été soulevé devant les arbitres. L'analyse des juges est ici très juste et fidèle au principe de loyauté qui sous-tend le devoir d'invocation en temps utile d'une irrégularité de la procédure arbitrale. L'on ne saurait penser en effet que la partie contestant l'arbitrage a fait preuve de ruse ou de déloyauté quelconque. Manifestant immédiatement son scepticisme quant à la clause fondant l'arbitrage en cours, elle a simplement orienté différemment sa critique

une fois placée devant le juge étatique. Or, contrairement au devoir de concentration des moyens qui repose sur une exigence de bien fonder juridiquement sa prétention « *du premier coup* » si l'on ose dire, le devoir de loyauté n'oblige pas à cette exactitude juridique originelle. Il se résume à obliger une partie à soulever diligemment un point litigieux qui lui semble pathologique afin que tous les protagonistes à l'arbitrage aient conscience à la fois de la réticence de cette partie à aller à l'arbitrage dans ces conditions et du vice qui pourrait grever irrémédiablement l'arbitrage ainsi engagé. Que ledit vice soit source d'une cause de nullité ou d'une autre ne saurait donc avoir d'incidence sur l'appréciation du bon comportement de la partie contestataire.

En revanche, et contrairement à ce qu'affirme l'arrêt Schooner, il nous semble absolument nécessaire que le point pathologique, qui justifiera plus tard éventuellement l'annulation de la sentence ou son défaut d'*exequatur*, soit d'emblée soulevé par la partie contestataire. En somme, il nous semble falloir mettre la solution Schooner sous la tutelle de la solution Antrix : si une partie a déjà soulevé l'incompétence du tribunal arbitral devant les arbitres, elle peut se fonder sur un nouveau moyen ou un nouvel argument pour réaffirmer la cause de nullité devant le juge étatique du moment que ces nouveaux moyens ou arguments reposent sur le même fait pathologique déjà mis en avant par le contestataire dans l'instance arbitrale. Ce n'est pas ce que dit l'arrêt Schooner mais c'est, à nos yeux, la seule manière de conserver l'esprit qui gouverne l'article 1466 du Code de procédure civile.

3° CA. – Paris. – 15 sept. 2020. – n° 19/09058. – Airbus.

Le contrôle par l'arbitre d'un grief de corruption allégué devant lui arrive peu à peu à maturité. Il est dominé par la technique du faisceau d'indices dont disposent les tribunaux arbitraux, dans la mesure où c'est à cette même aune que la validité de leurs sentences est désormais appréciée par le juge de l'annulation ou de l'*exequatur* (*V. not. sur les arrêts MK Group et Alstom : nos précédentes chron. 2019 et 2020*). Mais l'impasse ne peut être faite sur de légitimes questions de loi applicable au contrat dont l'illicéité est alléguée sur le fondement de la corruption.

Tout l'intérêt de l'arrêt rendu par la cour d'appel de Paris le 15 septembre 2020 est précisément d'apporter des réponses sur ce terrain permettant d'articuler le recours aux *red flags*, dont le berceau demeure le *Common Law*, avec l'application du droit français lorsque ce dernier doit être appliqué par les arbitres.

Dans cette affaire, la société Airbus Hélicopters (anciennement Eurocopters) avait conclu un contrat de consultant avec la société Samwell afin de l'assister dans une opération de vente d'hélicoptères à un opérateur chinois. Par la suite, Airbus refusa de payer les commissions demandées par le consultant, alléguant des pratiques de corruption de la part de ce dernier qui rendait le contrat nul pour contrariété à l'ordre public. Alors que le droit applicable au fond choisi par les parties était le droit français, le tribunal arbitral examina le grief de violation de l'ordre public international français par le contrat sur le fondement de la méthode dite des *red flags*, originellement attachée à la loi américaine contre la

corruption, mais depuis largement diffusée dans la pratique internationale de l'arbitrage. Le consultant en tirait un motif d'annulation de la sentence pour non-respect par les arbitres de la mission qui leur avait été confiée de statuer en droit français. Le recours en annulation affirmait ainsi que « *le tribunal arbitral a utilisé la méthode américaine des « red flags », indices de corruption potentielle identifiés comme tels par les praticiens de la loi fédérale américaine « US Foreign Corrupt Practices Act » au lieu de la méthode française des faisceaux d'indices de corruption découlant de l'arrêt « Alstom » (CA Paris, 10 avr. 2018 et 28 mai 2019) étant précisé que les seuls éléments qui pouvaient être pris en compte sont ceux issus de la liste établie par l'arrêt « Alstom ». La société Samwell reproche particulièrement au tribunal arbitral d'avoir retenu quatre indices de corruption issus des « red flags » qui ne figurent pas dans la liste des indices susceptibles de caractériser un contrat de corruption selon la jurisprudence française et dans la conception française de l'ordre public international et notamment le fait qu'Airbus Af aurait dû travailler avec la société Samwell comme intermédiaire pour vendre des hélicoptères ; le fait qu'Airbus Af aurait été contrainte d'accroître sa participation dans un « joint-venture » (CGAMEC) ; le caractère intangible de l'objet des contrats de consultant et le fait que les sociétés COHC et CUA seraient des entités indirectement contrôlées par l'État chinois ».*

L'argument n'a pas convaincu les juges du fond, principalement en contemplation du fait que le tribunal arbitral avait bien appliqué le droit français, celui précisant que « *Airbus Helicopters doit démontrer que la corruption alléguée afin de justifier le non-paiement des Première et Seconde Factures existe* » (sentence, § 117) et précise qu'il « *peut le faire en utilisant la technique du « faisceau d'indices » : l'accumulation d'indices spécifiques peut conduire à démontrer l'existence d'une corruption. Une telle solution est admise en droit français (?)* ». Or, le tribunal arbitral a poursuivi son raisonnement, en considérant que « *Parmi ces indices, certains, reconnaît le tribunal arbitral, font « référence à une liste d'indices de corruption identifiés par les praticiens familiarisés avec la loi fédérale américaine pour lutter contre la corruption d'agents publics à l'étranger identifiant les indices de corruption [...] » (sentence, 8 133) et d'autres ont été identifiés par la cour d'appel de Paris dans sa décision en date du 10 avril 2018* ». La cour d'appel considère alors très logiquement que, ce faisant, le tribunal arbitral n'a pas appliqué, même partiellement, le droit américain et a bien statué exclusivement en droit français. Les juges ajoutent que la liste d'indices établie par l'arrêt Alstom n'est pas limitative, si bien qu'il est possible de puiser, notamment dans l'expérience du droit américain, de quoi étoffer celle-ci, comme l'a fait ici le tribunal arbitral.

La solution est excellente du point de vue des sources du droit. Elle permet l'incorporation dans le droit français de la pratique américaine et des indices qu'elle a su identifier. Cette incorporation écarte alors tout grief d'application directe de la loi étrangère et ne fait qu'aboutir à l'enrichissement du contenu du droit français, nourri du droit comparé. D'un point de vue plus substantiel, la preuve par présomption que permet le faisceau d'indices n'est guère troublée par l'insertion d'indices supplémentaires à la liste dressée dans l'arrêt Alstom (CA Paris, 28 mai 2019, n° 16/11182 : Rev. arb. 2019, n° 3, note E. Gaillard ;

D. 2019, p. 1956, obs. S. Bollée, D. 2019, p. 2435, obs. T. Clay ; Dalloz actualité, 7 juin 2019, obs. J. Jourdan-Marques ; Gaz. Pal. 2019, n° 24, p. 22, obs. D. Bensaude ; JDI 2019, chron. 4, p. 581, obs. K. Mehtiyeva). Au demeurant, les indices ne font pas tout, fort heureusement. C'est bien à l'arbitre ou au juge qu'il revient en dernier ressort de cimenter la présomption à partir d'indices qui peuvent avoir une valeur largement variable au gré des circonstances de l'espèce et d'éventuels contre-indices qui tendraient plutôt à écarter la formation d'une présomption de corruption.

4^e Cass. – 1^{re} civ. – 15 janv. 2020. – n° 18-18.088.

CA. – Paris. – 3 juin 2020. – n° 19/07261.

La coopération du juge judiciaire avec l'arbitre peut parfois directement dépendre des sanctions internationales, prises ou suivies par l'État au nom duquel il rend la justice, à l'encontre d'un État dont l'une des parties à l'arbitrage est ressortissante. Se pose alors la question de savoir quelle est la place exacte à assigner aux sanctions internationales lors du contrôle de la sentence par le juge de l'annulation ou de l'exequatur. Pour être classique (*V. encore récemment : P. Mayer, L'arbitre et les sanctions économiques, in Mel. L. Aynès : LGDJ, 2019, p. 371. – M. Audit, L'effet des sanctions économiques internationales sur l'arbitrage international. L'ordre public et l'arbitrage : actes du colloque des 15 et 16 mars 2013, Dijon, p. 143*), elle suscite encore d'intéressantes décisions, dont deux récemment rendues par la cour d'appel de Paris et la Cour de cassation, qui présentent le mérite de cerner la force normative à assigner à ces sanctions.

À l'origine de l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt rendu le 15 janvier 2020 par la Cour de cassation (*Rev. crit. DIP 2020, p. 526, note L. d'Avout ; Rev. arb. 2020, p. 780, note L. Franc-Menet*), le gouvernement irakien avait conclu en 1980 plusieurs contrats de fourniture d'armement avec deux sociétés italiennes. Un différend était né entre elles à la suite de l'embargo décidé par l'ONU sur l'Irak et mis en œuvre en Europe par règlements (*Cons. CE, règl. (CEE) n° 2340/90, 8 août 1990, empêchant les échanges de la Communauté concernant l'Iraq et le Koweït : JOCE n° L 213, 9 août 1990, p. 1. – Et Cons. CE, règl. (CEE) n° 3155/90, 29 oct. 1990, étendant et modifiant le règlement (CEE) n° 2340/90 empêchant les échanges de la Communauté concernant l'Iraq et le Koweït : JOCE n° L 304, 1^{er} nov. 1990, p. 1*). L'Irak mit en œuvre la clause compromissaire prévue dans les différents contrats. Mais le gouvernement irakien vit sa demande jugée irrecevable par les arbitres comme entrant dans le champ d'application desdites mesures, qui interdisaient d'accueillir les demandes liées à un contrat dont l'exécution avait été affectée par les mesures d'embargo. Le gouvernement irakien demanda l'annulation de cette sentence, notamment au regard de l'ordre public international français et du droit au juge qu'il consacre, dont pouvait ici se prévaloir l'Irak. Le demandeur rappela alors non seulement que la créance trouvait son fait générateur dans des faits antérieurs aux résolutions onusiennes et règlements européens, mais encore que ces mesures n'avaient pas eu d'incidence sur l'existence ou le contenu de la réclamation. Toutefois, la Cour de cassation s'en est tenue à l'idée que la sentence ne heurtait pas l'ordre public international français dans la mesure où la demande de l'Irak dans l'arbitrage

relevait bien du champ d'applications des résolutions de l'ONU et des règlements européens.

Quant à la décision du 3 juin 2020 rendue par la cour d'appel de Paris (*RDC 2020/4*, p. 60, note M. Laazouzi ; *Rev. arb. 2020*, p. 1121, note J.-Y. Garaud, G. de Rancourt et C. Martini), elle concernait cette fois l'embargo décidé par l'ONU à l'encontre de l'Iran. Contrairement à la précédente affaire commentée, ici, les arbitres avaient donné effet au contrat sans se soucier du fait que le contrat litigieux entraînait dans le champ des mesures d'embargo. Le débiteur demanda l'annulation pour violation de l'ordre public international de la sentence qui n'avait pas tenu compte des sanctions internationales contre l'Iran.

C'est l'occasion ici pour le juge de l'annulation de revenir sur la place à attribuer, au regard de l'ordre public international, aux résolutions onusiennes, aux règlements européens les mettant en œuvre, et enfin aux sanctions économiques prises par un État seulement ou en tout cas prises en dehors du cadre de l'ONU. La décision affirme ainsi que les résolutions de l'ONU « peuvent être assimilées à des lois de police étrangères et/ou des lois de police réellement internationales », relevant ainsi de la conception française de l'ordre public international. Quant aux instruments de l'Union européenne venant mettre en œuvre ces résolutions, ils peuvent également « être assimilés à des lois de police françaises » et ainsi investir l'ordre public international français. En revanche, pour les sanctions émanant d'un État uniquement, ici les États-Unis, elles n'appartiennent pas à l'ordre public international français car elles ne font pas l'objet d'un « consensus international ».

On ne peut que saluer un tel ordonnancement des décisions de sanction au regard de l'ordre public international dans la mesure où la méconnaissance par une sentence d'une loi de police étrangère (ce qu'est une sanction prononcée par un État à l'égard d'un autre) n'équivaut à une violation de l'ordre public international que dans la mesure où la valeur que protège cette loi étrangère coïncide avec les valeurs défendues par l'ordre juridique français. C'est ce qu'avait bien mis en lumière l'arrêt *MK Group (CA Paris, 16 janv. 2018, n° 15/21703 : JurisData n° 2018-002910 ; D. 2018, p. 1934, obs. L. d'Avout, D. 2018, p. 2448, obs. T. Clay ; JDI 2018, comm. 12, p. 883, note S. Bollée ; JDI 2018, comm. 13, p. 898, note E. Gaillard ; JDI 2019, chron. 4, préc., spéc. p. 630, obs. K. Mehtiyeva)*. Ainsi, les juges de l'annulation ou de l'exequatur d'une sentence n'ont pas à relayer les valeurs et coopérer ainsi avec un autre ordre étatique si ces valeurs ne correspondent pas à celles de leur *for*. En revanche, il est logique que ces mêmes juges prennent acte dans leurs décisions des résolutions onusiennes car, ce faisant, ils coopèrent avec l'ordre juridique international dont l'État français est un sujet de droit et auquel il est donc soumis.

Mots-Clés : Coopération judiciaire internationale - Arbitrage - Coopération civile - Ne bis in idem