Tome 124
2020
N°1

RGDIP

Revue Générale de Droit International Public

A. PEDONE - 13, RUE SOUFFLOT - 75005 PARIS

Revue Générale
de
Droit International Public

Fondée en 1894
par
A. PILLET, P. FAUCHILLE et A. PEDONE

TOME CXXIV - 2020

Revue Générale
de
Droit International Public

Conseil Scientifique

Antônio A. CANÇADO-TRINDADE
Ancien Président de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, Juge à la Cour internationale de Justice

Luigi CONDORELLI
Professeur à l'Université de Florence

Pierre-Marie DUPUY
Professeur émérite del'Université Panthéon-Assas (Paris II) et de l'IHEID de Genève

Jacques DEHAUSSY
Professeur émérite de l'Université Paris I, Ancien Recteur d'Académie

Gilbert GUILLAUME
Ancien Président de la Cour internationale de Justice

Charles LEBEN
Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Jean-Pierre QUENEUDEC
Professeur émérite de l'Université Paris I, Président honoraire de la Société française pour le droit international

Sandra SZUREK
Professeur émérite de l'Université Paris Ouest, Nanterre La Défense, Professeur associée au Centre de recherche de l'IHEI (Panthéon-Assas Paris II)

Christian TOMUSCHAT
Professeur émérite de l'Université Humboldt de Berlin, Président de la Cour OSCE de conciliation et d'arbitrage

Directeur

Carlo SANTULLI
Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)
Directeur de l'Institut des Hautes Etudes Internationales

Comité de Rédaction

Denis ALLAND
Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Niki ALOUPI
Professeur à l'Université de Strasbourg

Louis BALMOND
Professeur à l'Université de Toulon

Jean-Denis MOUTON
Professeur émérite à l'Université de Lorraine

Pierre-François LAVAL
Professeur à l'Université d'Orléans

Florence POIRAT
Professeur à l'Université Paris-Sud

Raphaële RIVIER
Professeur à l'Université Paris I

Jean-Didier SICAULT
Maître de Conférences honoraire de l'Université Panthéon-Assas (Paris II), Avocat à la Cour

Sébastien TOUZÉ
Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Baptiste TRANCHANT
Professeur à l'Université de Bordeaux

Bénédicte PEDONE RIBOT
Secrétaire de rédaction

TOME CXXIV - 2020

PARIS
EDITIONS A. PEDONE
13, rue Soufflot, 75005 Paris
editions-pedone@orange.fr, site: www.rgdip.com

Droits de reproduction et de traduction réservés © éditions Pedone

IN MEMORIAM

PHILIPPE BRETTON
(1937-2020)

Il y a quelques années, apprenant la nature du mal dont il était atteint, Philippe Bretton m'avait écrit : « Quand cela se produira, je compte sur toi pour me faire une belle chronique nécrologique dans la RGDIP ». La rédaction de la présente notice, dictée par l'amitié, vient donc aussi remplir l'engagement pris naguère envers un collègue estimé qui vient de disparaître le 17 février.

Né à Orléans le 7 août 1937, Philippe Bretton fut étudiant puis assistant à la Faculté de droit de Poitiers où il soutint en 1963 une thèse de doctorat intitulée *L'autorité judiciaire gardienne des libertés essentielles et de la propriété privée*, préparée sous la direction de Philippe Ardant et publiée en 1964 à la LGDJ. Reçu au concours d'agrégation de droit public de 1966, dont le jury était présidé par André de Laubadère, il entama sa carrière de professeur à la Faculté de droit de Rennes.

En 1969, il rejoignit sa ville natale où le Collège de droit créé trois ans auparavant avait été transformé en Faculté, la cité johannique renouant ainsi avec le glorieux passé de l'ancienne Ecole de droit d'Orléans qui avait brillé sous l'Ancien Régime, animée par d'illustres juristes comme Pothier. Dès son arrivée, il se vit confier la charge du décanat, qu'il assura avec conscience et dévouement pendant deux ans, le temps nécessaire à la mise en place des nouvelles structures universitaires. Le doyen Bretton demeura fidèle à l'université orléanaise jusqu'à son départ à la retraite en l'an 2000.

Si ses premiers travaux avaient porté sur le droit public interne, c'est surtout en tant qu'internationaliste qu'il se fit connaître. Il s'attacha plus particulièrement à l'étude du droit international applicable aux conflits armés, qu'il s'agisse du droit de la guerre proprement dit ou du droit humanitaire applicable en temps de guerre, domaine dans lequel il avait acquis une compétence d'autant plus précieuse qu'elle était à l'époque assez peu répandue parmi les juristes français. Ce qui lui valut de prendre part aux négociations qui, dans les années 1970, visaient à compléter et actualiser les règles internationales en ce domaine. Après avoir siégé à la conférence d'experts gouvernementaux réunie par le Comité international de la Croix-Rouge en 1971-1972, il devint en 1974 le conseiller juridique de la

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

délégation française à la Conférence diplomatique sur le droit humanitaire qui adopta en 1977 les Protocoles additionnels aux conventions de Genève de 1949. Il exerça ensuite les mêmes fonctions de 1978 à 1980 à la Conférence des Nations Unies sur certaines armes classiques qui élabora la Convention sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi d'armes « produisant des effets traumatiques excessifs ou frappant sans discrimination ». Sa connaissance étendue de ce domaine particulier du droit international l'amena tout naturellement à enseigner quelque temps à l'Ecole spéciale militaire de Saint-Cyr-Coëtquidan et à l'Ecole nationale d'administration, ainsi qu'à l'Ecole de guerre. Non moins naturellement, nombre de ses publications ont porté sur différents aspects du droit des conflits armés ou du droit international humanitaire. Il avait ainsi fait paraître dans la *Revue générale* en 1978 une importante étude sur « Le problème des méthodes et moyens de guerre ou de combat dans les Protocoles additionnels aux Conventions de Genève du 12 août 1949 ».

Il serait toutefois injuste de réduire l'œuvre du professeur Bretton à ce seul aspect. Ses nombreux articles dans l'*Annuaire français de droit international*, dans le *Journal du droit international* ou dans la revue *Pouvoirs* portent témoignage d'un champ d'étude beaucoup plus vaste et d'une curiosité intellectuelle étendue. Il suffit, pour s'en convaincre, de mentionner son dernier écrit substantiel dans la *RGDIP* en 1991 sur « Les problèmes juridiques posés par l'unification de l'Allemagne » ou de rappeler le bel ouvrage intitulé *La coexistence pacifique*, qu'il avait écrit en collaboration avec Jean-Pierre Chaudet (Armand Colin, collection U, 1971). Rappelons, de surcroît, les remarquables leçons qu'il avait tirées de sa participation active à des conférences diplomatiques et dont il fit profiter les étudiants de l'Institut des hautes études internationales de l'Université Paris II (voir son cours « Initiation à la technique des négociations internationales », dans Cours et Travaux de l'IHEI, *Négociations internationales*, Pedone, 1984).

Homme de culture, Philippe Bretton était en outre un pédagogue plein d'humour qui savait capter durablement l'attention et captiver ses auditeurs. Il avait véritablement le goût de l'enseignement. C'est ce qui l'avait conduit à préparer de fameux *Travaux dirigés de droit international public et de relations internationales* (Litec, 1991) servant de guide pour l'élaboration de commentaires de textes, de notes de synthèse et d'études de cas pratiques, puis à publier un fort utile manuel de *Relations internationales contemporaines* (Litec, 1993).

Bon vivant, Philippe Bretton aimait plaisanter, ce qui rendait sa compagnie agréable et distrayante. C'était aussi chez lui une manière de surmonter les problèmes auxquels il était confronté, qu'il s'agisse de graves ennuis de santé ou de pénibles déceptions personnelles.

Jean-Pierre QUENEUDEC

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

QU'EST-CE QU'UN ROCHER AU SENS DE LA CONVENTION DE MONTEGO BAY DE 1982 ?

OBSERVATIONS SUR LA SENTENCE ARBITRALE DU 12 JUILLET 2016 RELATIVE À LA MER DE CHINE MÉRIDIONALE (*PHILIPPINES C. CHINE*)*

Pierre Michel EISEMANN

Professeur émérite de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
Ecole de droit de la Sorbonne

Dans son étude portant sur *Le régime juridique des îles dans le droit international de la mer*, Haritini Dipla avait relevé que la distinction entre îles et rochers inscrite dans l'article 121, paragraphe 3, de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (CNUDM) « est peu satisfaisante parce qu'imprécise et arbitraire et menant à des résultats inéquitables, ce qui est contraire aux buts que ses auteurs ont déclaré poursuivre »[1]. De fait, elle expliquait que, « [e]n premier lieu, on ne voit pas très bien ce qu'il faut entendre par "rochers", puisque ce terme n'est défini nulle part » et que, « [e]n second lieu, les critères de l'habitabilité et de la viabilité économique sont non seulement vagues en eux-mêmes, mais aussi susceptibles de changements »[2]. Ainsi, pouvait-elle constater que ce paragraphe 3, reflétant un compromis entre intérêts étatiques divergents, « pose plutôt des problèmes qu'il ne les résout », et que son « interprétation se révèle problématique »[3].

On ne s'étonnera pas que la professeure Dipla ait pu, telle une pythie, prédire des difficultés à venir tant la disposition est obscure et se prête à des interprétations diverses et contradictoires[4]. Selon un autre auteur, son interprétation ouvrirait même une véritable boîte de Pandore[5].

---

* La présente étude constitue une version légèrement modifiée et complétée d'une contribution à paraître dans les *Mélanges en l'honneur de H. Dipla. Droit de la mer, droits de l'homme, enjeux et perspectives* (Paris, Pedone).

[1] Haritini DIPLA, *Le régime juridique des îles dans le droit international de la mer*, Paris, PUF, 1984, p. 49.

[2] *Ibid.*

[3] *Eod. loc.*, p. 85.

[4] On en trouve la preuve dans les commentaires divergents de la doctrine quant à l'interprétation à donner au paragraphe 3 de l'article 121. Voir à ce propos : David ANDERSON, « Islands and rocks in the modern law of the sea », *in* Myron H. NORDQUIST *et al*. (eds), *The Law of the Sea Convention : US accession and globalization*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2012, pp. 307-321, et « Some aspects of the regime of islands in the law of the sea », *The International Journal of Marine and Coastal Law*,

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

Cette boîte de Pandore est bienheureusement restée longtemps fermée dans le cadre du règlement juridictionnel des différends internationaux. Appelées à statuer sur des litiges pouvant impliquer une référence à l'article 121, par. 3, de la CNUDM, les juridictions institutionnalisées se sont toujours abstenues de tenter d'en préciser la portée.

Certes, dans son arrêt du 19 novembre 2012 en l'affaire du *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, la Cour internationale de Justice a-t-elle jugé que « le régime des îles défini à l'article 121 de la CNUDM forme un tout indivisible et que ses dispositions font partie [...] du droit international coutumier »[6], mettant sans doute ainsi un terme au débat relatif à la nature coutumière ou non du paragraphe 3[7], mais elle n'a pas eu à en préciser le sens car « aucune des Parties n'a soutenu que QS 32 est autre chose qu'un

vol. 32, 2017, pp. 316-331 ; Jonathan I. CHARNEY, « Rocks that cannot sustain human habitation », *American Journal of International Law*, vol. 93, 1999, pp. 863-878 ; Maria Silvana FUSILLO, « The legal regime of uninhabited "rocks" lacking an economic life of their own », *The Italian Yearbook of International law*, vol. 4, 1978-79, pp. 47-58 ; Andrew J. JACOVIDES, « Islands », *in* Michael W. LODGE and Myron H. NORDQUIST (eds), *Peaceful order in the world's oceans. Essays in honour of Satya N. Nandan*, Leiden, Brill Nijhoff, 2014, pp. 68-90 ; Syméon KARAGIANNIS, « Les rochers qui ne se prêtent pas à l'habitation humaine ou à une vie économique propre et le droit de la mer », *Revue belge de droit international*, vol. 29, 1996, pp. 559-624 ; Robert KOLB, « L'interprétation de l'article 121, paragraphe 3, de la convention de Montego Bay sur le droit de la mer : les "rochers qui ne se prêtent pas à l'habitation humaine ou à une vie économique propre..." », *Annuaire français de droit international*, tome 40, 1994, pp. 876-909 ; Barbara KWIATKOWSKA and Alfred H.A. SOONS, « Entitlement to maritime areas of rocks which cannot sustain habitation or economic life of their own », *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 21, 1990, pp. 139-181 ; Roberto LAVALLE, « Not quite a sure thing : the maritime areas of rocks and low-tide elevations under the UN Law of the Sea Convention », *The International Journal of Marine and Coastal Law*, vol. 19, 2004, pp. 43-69 ; Myron H. NORDQUIST, « Textual interpretation of article 121 in the UN Convention on the Law of the Sea », *in* Holger P. HESTERMEYER *et al.* (eds), *Coexistence, cooperation and solidarity. Liber amicorum Rüdiger Wolfrum*, vol. I, Leiden, Martinus Nijhoff, 2012, pp. 991-1035 ; Clive SCHOFIELD, « Islands or rocks – Is that the real question ? The treatment of islands in the delimitation of maritime boundaries », *in* Myron H. NORDQUIST *et al.* (eds), *The Law of the Sea Convention...* précité, pp. 322-340 *;* Clive R. SYMMONS, « Maritime zones from islands and rocks », *in* Shunmugam JAYAKUMAR *et al.* (eds), *The South China Sea disputes and the law of the sea*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2014, pp. 55-120 ; Jon M. VAN DYKE and Robert A. BROOKS, « Uninhabited islands : their impact on the ownership of the oceans' resources », *Ocean Development and International Law*, vol. 12, 1982-83, pp. 265-300.

[5] R. KOLB, *op. cit*. note 4, p. 901.

[6] *C.I.J. Recueil 2012*, p. 674, par. 139.

[7] L'article 121 CNUDM (qui constitue à lui seul la partie VIII de la convention portant "Régime des îles") se lit :

« 1. Une île est une étendue naturelle de terre entourée d'eau qui reste découverte à marée haute.

2. Sous réserve du paragraphe 3, la mer territoriale, la zone contiguë, la zone économique exclusive et le plateau continental d'une île sont délimités conformément aux dispositions de la Convention applicables aux autres territoires terrestres.

3. Les rochers qui ne se prêtent pas à l'habitation humaine ou à une vie économique propre n'ont pas de zone économique exclusive ni de plateau continental. »

Le paragraphe 1 reprend les termes de l'article 10, par. 1, de la convention sur la mer territoriale et la zone contiguë du 29 avril 1958. Dans son arrêt sur le fond du 16 mars 2001, *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn (Qatar c. Bahreïn)*, la C.I.J. avait jugé que le paragraphe 2 « reflète le droit international coutumier » (*C.I.J. Recueil 2001*, p. 97, par. 185). Quant au paragraphe 3, il constitue une disposition nouvelle issue des travaux de la III[e] Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer.

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

rocher ne se prêtant pas à l'habitation humaine ou à une vie économique propre, au sens du paragraphe 3 de l'article 121 CNUDM »[8]. Dans l'affaire de la *Délimitation maritime en mer Noire (Roumanie c. Ukraine)*, bien que les parties se fussent opposées quant à son statut, la Cour estima qu'elle « n'a pas à examiner la question de savoir si l'île des Serpents relève des paragraphes 2 ou 3 de l'article 121 de la CNUDM ou si ceux-ci sont pertinents aux fins de la présente espèce »[9] car, compte tenu de la géographie, tout droit à plateau continental ou zone économique exclusive que cette île aurait pu éventuellement générer était « intégralement couvert par ceux générés par les côtes continentales occidentale et orientale de l'Ukraine »[10]. La nature juridique précise de quatre cayes (Bobel Cay, Savanna Cay, Port Royal Cay et South Cay) aurait pu être examinée dans l'affaire du *Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Honduras)* mais la Cour se borna à relever que les parties ne contestent pas qu'elles restent découvertes à marée haute pour conclure qu'« [e]lles relèvent donc de la définition et du régime des îles figurant à l'article 121 de la CNUDM »[11], tout en notant que « les Parties ne revendiquent pas pour ces îles de zones maritimes au-delà de la mer territoriale »[12]. La question posée à la Cour dans l'affaire de la *Délimitation maritime et des questions territoriales entre Qatar et Bahreïn (Qatar c. Bahreïn)* fut de départager les parties sur le point de savoir si la formation maritime de Qit'at Jaradah devait être traitée comme un haut-fond découvrant ou comme une île. Elle jugea que cette formation « répond aux critères énumérés [au paragraphe 1 de l'article 121 CNUDM] et qu'il s'agit d'une île qui doit être prise en considération aux fins du tracé de la ligne d'équidistance »[13], sans s'interroger sur l'éventuelle applicabilité du paragraphe 3 du même article à ce qu'elle décrit elle-même comme constituant, à marée haute, une émergence d'environ 0,40 mètre, d'une superficie de 12 mètres de long sur 4 mètres de large. Enfin, dans l'arrêt du 14 juin 1993 en l'affaire de la *Délimitation maritime dans le région située entre le Groenland et Jan Mayen (Danemark c. Norvège)*, la Cour ne chercha pas à déterminer si Jan Mayen – qui « n'a pas de population établie de manière permanente »[14] – constitue un rocher au sens de la convention de 1982 parce que les parties s'accordaient sur le fait qu'il s'agit d'une île[15] [16].

[8] *C.I.J. Recueil 2012*, p. 693, par. 183. « QS 32 » constitue l'une des formations de Quitasueño, vaste banc situé en mer des Caraïbes entre les cayes des Miskitos et le banc de Serrana.
[9] Arrêt du 3 février 2009, *C.I.J. Recueil 2009*, p. 123, par. 187.
[10] *Eod. loc*., p. 122, par. 187. La Cour « rappelle, en outre, qu'une mer territoriale de 12 milles marins a été attribuée à l'île des Serpents en vertu d'accords conclus entre les Parties » (*eod. loc*., p. 123, par. 188).
[11] Arrêt du 8 octobre 2007, *C.I.J. Recueil 2007*, p. 702, par. 137.
[12] *Ibid*.
[13] Arrêt du 16 mars 2001, fond, *C.I.J. Recueil 2001*, p. 99, par. 195.
[14] Arrêt du 14 juin 1993, *C.I.J. Recueil 1993*, p. 46, par. 15.
[15] La position du Danemark n'a pas été d'une exemplaire constance et clarté. Après avoir qualifié Jan Mayen de rocher, il a admis qu'il s'agissait d'une île tout en invoquant le fait qu'elle ne se prêtait pas à

© Editions A. Pedone

On observera enfin que la Cour internationale de Justice ne s'est aucunement référée à la sentence du12 juillet 2016 dans son arrêt du 2 février 2018 en l'affaire de la *Délimitation maritime dans la mer des Caraïbes et l'océan Pacifique (Costa Rica c. Nicaragua).* Pour écarter la prétention du Nicaragua à faire prendre en considération les Cayos de Perlas au titre des côtes pertinentes, la Cour se contenta de constater que cet Etat « n'a produit aucun élément attestant qu'elles se prêtent "à l'habitation humaine ou à une vie économique propre", comme l'exige l'article 121 de la CNUDM, à l'appui de son affirmation selon laquelle ces formations "génèrent des projections maritimes" »[17]. A l'inverse, elle décida de placer des points de base sur les îles du Maïs aux fins de la construction de la ligne d'équidistance provisoire, car « [c]es îles ayant une population importante et se prêtant à une vie économique, elles satisfont largement aux critères énoncés à l'article 121 de la CNUDM pour qu'une île puise générer une zone économique exclusive et un plateau continental »[18]. Les parties s'opposaient également sur l'établissement de points de base sur certaines formations maritimes de moindre importance situées à proximité de la côte continentale du Nicaragua – à savoir Paxara Bovo (un rocher situé à 3 milles marins de la côte) et les cayes de Palmenta (îlots situés à environ un mille marin de la côte) – mais elles semblaient s'accorder sur le fait que ces formations ne puissent générer des droits à une zone économique exclusive ou à un plateau continental. Se référant à sa jurisprudence antérieure et sans aller plus loin, la Cour a jugé que ces formations pouvaient être assimilées à la côte et

l'habitation humaine ou à une vie économique propre et n'en avait jamais eu. La Cour observe que, bien qu'il ait employé la terminologie du paragraphe 3 de l'article 121 CNUDM, le Danemark « ne soutient pas que Jan Mayen n'a aucun titre à un plateau ou à une zone de pêche, mais que, lorsqu'il s'agit d'établir des lignes de délimitation en mer entre cette île et les territoires de l'Islande et du Groenland, Jan Mayen ne peut être dotée d'un plein effet, mais seulement d'un effet partiel » (*C.I.J. Recueil 1993*, pp. 73-74, par. 80). Dans son opinion individuelle, le juge Schwebel observe que « [l]es caractéristiques singulières de Jan Mayen peuvent prêter à discussion quant à leur conformité au critère de l'article 121, mais le Danemark n'a pas avancé cet argument ; il a admis que Jan Mayen n'était pas un rocher mais une île » (*eod. loc*., p. 126). Le juge Ajibola note, de son côté, qu'« il est indiscutable, spécialement après avoir entendu les arguments du Danemark pendant la procédure orale, que Jan Mayen n'est pas un rocher mais une île », ajoutant que « [l]e Danemark a reconnu dans ses plaidoiries que tel était le statut juridique de Jan Mayen, et il a également parlé de Jan Mayen comme d'une île dans ses pièces écrites » (opinion individuelle, *eod. loc*., p. 299).

[16] On ajoutera que, dans sa décision de juin 1981, la Commission de conciliation sur le plateau continental entre l'Islande et Jan Mayen (Islande/Norvège), se référant à l'article 121 du projet de convention sur le droit de la mer (texte informel) du 27 août 1980 (dont la formulation est demeurée inchangée dans la version adoptée en 1982) et ayant procédé à la description géographique et géologique de Jan Mayen, déclara sans autre motivation que « *Jan Mayen must be considered as an island* » et que « *[p]aragraphs 1 and 2 of Article 121 are thus applicable to it* » (*Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXVII, p. 10).

[17] *C.I.J. Recueil 2018*, p. 184, par. 113.

[18] *Eod. loc*., p. 191, par. 140. Lors de l'étape d'ajustement de la ligne d'équidistance provisoire, la Cour ne donnera qu'un demi-effet aux îles du Maïs « eu égard à leur taille modeste et à la distance importante qui les sépare de la côté continentale » (*eod. loc*., p. 196, par. 154).

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

qu'il convenait de retenir des points de base sur celles-ci pour construire la ligne de base[19].

Pour sa part, le Tribunal international du droit de la mer s'est lui aussi abstenu d'entrer dans une interprétation du paragraphe 3 de l'article 121 CNUDM alors que la question aurait pu être soulevée dans deux affaires de prompte mainlevée, dans la mesure où la licéité de la proclamation d'une zone économique exclusive – dans laquelle s'étaient déroulées les activités de pêche contestées des navires en cause ayant conduit à leur saisie – au large des îles Kerguelen (affaire du *Monte Confurco*) dans le premier cas, et des îles Heard et McDonald (affaire du *Volga*) dans le second – supposait que la formation terrestre ne puisse être qualifiée de rocher au sens dudit paragraphe 3. Or, même si l'on peut considérer qu'une telle question n'était pas directement liée à la procédure de prompte mainlevée, on ne peut que constater que ni l'arrêt du 18 décembre 2000[20] ni celui du 23 décembre 2002[21] n'a seulement mentionné ce point alors même qu'il avait été soulevé par l'un des juges[22].

Enfin, s'agissant de la jurisprudence arbitrale postérieure à 1982[23], on constate que le tribunal arbitral constitué pour régler le différend entre l'Erythrée et le Yémen évita lui aussi de se prononcer sur l'applicabilité du paragraphe 3 à l'île de Jabal al-Tayr et au groupe d'îles et d'îlots de Zubayr alors même que la question aurait pu être posée. Le tribunal ne se référa jamais au paragraphe 3 de l'article 121 CNUDM, préférant prendre une autre voie. Ainsi, bien qu'il ait décrit ces formations isolées comme « *inhospitable* » avec « *little evidence on either side of actual or persistent activities on and around*

[19] *Eod. loc*., p. 192, par. 142.
[20] TIDM, Affaire du *Monte Confurco* (Seychelles c. France), arrêt du 18 décembre 2000, *TIDM Recueil 2000*, p. 86.
[21] TIDM, Affaire du *Volga* (Fédération de Russie c. Australie), arrêt du 23 décembre 2002, *TIDM Recueil 2002*, p. 10.
[22] Dans une déclaration sous l'arrêt du 18 décembre 2000, le juge Vukas indique que « [d]e [son] point de vue, la question de savoir si l'établissement d'une zone économique exclusive au large de ces îles "inhabitables et inhabitées" [les Kerguelen] (selon le capitaine Yves-Joseph de Kerguelen-Trémarec) a été fait conformément aux motifs qui ont amené la troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer à créer ce régime juridique particulier, et à la lettre et à l'esprit des dispositions relatives à la zone économique exclusive, contenues dans la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, est très discutable » (*TIDM Recueil 2000*, p. 122). Il développe son argumentation dans une déclaration sous l'arrêt du 23 décembre 2002 (*TIDM Recueil 2002*, pp. 42-47) s'agissant de l'île Heard et des îles McDonald, des îles « inhabitées, qui sont beaucoup plus petites que les îles Kerguelen » (*eod. loc*., p. 42).
[23] La question des Eddystone Rocks fut longuement discutée dans la décision du 30 juin 1977 relative à l'affaire de la *Délimitation du plateau continental entre le Royaume-Uni et la France* (voir *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XVIII, pp. 198-207, par. 123-144), les deux parties s'opposant sur le point de savoir s'ils devaient être traités – dans le cadre du droit positif de l'époque – comme une île ou comme des hauts-fonds découvrants et, par suite, s'ils devaient être employés ou non comme point de base pour déterminer la ligne médiane dans la Manche. Le tribunal précisa que ce qu'il était « appelé à décider n'est pas la question générale de leur statut juridique d'île, mais leur signification pour la délimitation par une ligne médiane dans la Manche entre le Royaume-Uni et la République française » (*eod. loc*., p. 205, par. 139).

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

these islands »[24] et qu'il en eût reconnu la souveraineté au Yémen[25], le tribunal se borna, dans sa seconde sentence portant sur la délimitation maritime à ne pas les prendre en considération dans l'établissement de la ligne frontière entre les deux Etats, rappelant « *their barren and inhospitable nature and their position well out to sea* »[26].

La fonction première des juges et des arbitres n'étant pas de faire œuvre doctrinale, on peut trouver l'explication de ce silence à propos du paragraphe 3 de l'article 121 dans le fait qu'ils ont pu trancher les différends à eux soumis en empruntant d'autres voies, rendant l'interprétation de cette disposition superflue. Toutefois, au-delà d'une simple économie de motivation, il est permis de se demander s'ils n'ont pas estimé prudent de s'abstenir de chercher à préciser une « *provision of deliberately vagueness* »[27], à l'« *enigmatic wording* »[28] dont le sens est « difficile à établir »[29]. Alors qu'il avait déjà manifesté une certaine audace dans sa décision relative à la compétence[30], le tribunal institué dans l'affaire du *Différend en mer de Chine méridionale*[31] n'a pas hésité à franchir le pas. Sa longue sentence sur le fond[32] (pas moins de 479 pages divisées en 1203 paragraphes) consacre de substantiels développements à l'interprétation du paragraphe 3 de l'article 121 CNUDM et à son application à diverses formations marines.

Il est permis de penser que ce tribunal *ad hoc* – devant lequel l'une des parties avait refusé de se présenter – aurait pu faire preuve d'une sage autolimitation et s'abstenir de se prononcer de manière générale sur le sens à donner à une disposition obscure de la convention de 1982[33]. Tel ne fut pas le

[24] Sentence du 9 octobre 1998 (souveraineté territoriale et portée du différend), *Recueil des sentences arbitrales,* vol. XXII, p. 329, par. 523.
[25] *Eod. loc*, p. 329, par. 524 et pp. 330-331, par. 527.
[26] Sentence du 17 décembre 1999 (délimitation maritime), *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXII, p. 368, par. 147-148.
[27] T. MCDORMAN, « The South China Sea tribunal awards. A dispute resolution perspective », *Asia-Pacific Journal of Ocean Law and Policy*, vol. 3, 2018, p. 143.
[28] E. FRANCKX, « The award of 12 July 2016 and its impact on the clarification of article 121(3) LOSC », *in* James BORTON (ed.), *Islands and rocks in the South China Sea. Post-Hague ruling*, Bloomington (In.), Xlibris, 2017, p. 10. Du même auteur, voir également « The arbitral tribunal's interpretation of paragraph 3 in article 121 : a first but important step », *in* Shunmugam JAYAKUMAR *et al*. (eds), *The South China Sea arbitration : the legal dimension*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2018, pp. 154-175.
[29] R. KOLB, *op. cit*. note 4, p. 888.
[30] Sentence sur la compétence et la recevabilité, 29 octobre 2015, PCA Case No. 2013-19, <https://pcacases.com/web/sendAttach/1506>.
[31] Constitué en vertu de l'annexe VII CNUDM, le Tribunal était composé de MM. Thomas A. Mensah (président), Jean-Pierre Cot, Stanislaw Pawlak, Alfred H.A. Soons et Rüdiger Wolfrum. Ce dernier fut nommé par les Philippines mais, compte tenu du refus de la Chine de prendre part à la procédure, les quatre autres membres furent nommés par le président du Tribunal international du droit de la mer (TIDM). À l'exception du professeur Soons, tous les membres du tribunal arbitral étaient (ou avaient été) membres du TIDM.
[32] Sentence du 12 juillet 2016, PCA Case No. 2013-19, <https://pcacases.com/web/sendAttach/2086>.
[33] Après avoir évoqué l'attitude de la C.I.J. en la matière, C. WHOMERSLAY note que le tribunal « *obviously had no such inhibitions* », tout en ajoutant que « *[w]hether this was a wise move for an ad*

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

cas et, sans compter que la réduction de certaines formations marines au rang de rocher permettait au tribunal de contourner son absence de compétence pour se prononcer sur des questions de souveraineté et ainsi de statuer sur certaines demandes des Philippines[34], on peut sans doute avancer deux hypothèses pouvant expliquer, au moins partiellement, ce parti. En premier lieu, le tribunal a pu y être conduit précisément par le comportement de la Chine puisqu'il était évident pour tous que la sentence n'allait pas en elle-même clore le litige, ce qui a pu l'inciter à développer une argumentation de portée générale. En second lieu, tout en restant dans le cadre limité de sa compétence, le tribunal a suivi un cheminement qui lui a permis de contrarier les prétentions de la Chine au regard de droits sur une zone économique exclusive et un plateau continental dans des espaces revendiqués par les Philippines. Quoiqu'il en soit, le tribunal s'est livré de manière parfaitement résolue à l'interprétation du paragraphe 3 de l'article 121 CNUDM avec l'évidente volonté de faire jurisprudence[35].

Rendue à l'unanimité des cinq arbitres, la sentence du 12 juillet 2016 a été largement commentée[36] et, sans aller jusqu'à la considérer comme une

---

hoc tribunal when the highest standing international court has shown more caution is an interesting jurisprudential question » (« The award on the merits in the case brought by the Philippines against China relating to the South China Sea : a critique », *Chinese Journal of International Law*, vol. 16, 2017, p. 397).

[34] A propos des interférences que les Philippines imputent à la Chine dans ses droits souverains sur sa zone économique exclusive et son plateau continental, le tribunal note qu'il « *is not asked to delimit overlapping entitlements in the areas in question. Rather, its jurisdiction is contingent on the absence of any possible overlap. Had the Tribunal found that another maritime feature claimed by China within 200 nautical miles of the relevant areas were a fully entitled island for the purpose of Article 121 of the Convention and capable of generating an entitlement to an economic exclusive zone and continental shelf, it would necessarily have to decline jurisdiction over the dispute* » (sentence précitée note 32, p. 278, par. 691). Une observation analogue est faite à propos de la question de l'occupation et des constructions effectuées par la Chine sur Mischief Reef – qualifié par le Tribunal de haut-fond découvrant – (*eod. loc*., p. 411, par. 1024).

[35] Le tribunal déclare : « *Article 121 has not previously been the subject of significant consideration by courts or arbitral tribunals and has been accorded a wide range of different interpretations in scholarly literature. As has been apparent in the course of these proceedings, the scope of application of its paragraph (3) is not clearly established. Accordingly, the Tribunal will consider the interpretation of this provision before turning to its application to the maritime features in the South China Sea* » (sentence précitée note 32, p. 204, par. 474).

[36] Voir notamment : Niki ALOUPI, « Chronique de jurisprudence internationale / Arbitrage relatif à la mer de Chine méridionale (La République des Philippines c. La République populaire de Chine), Sentence sur le fond, 12 juillet 2016) », *Revue générale de droit international public*, tome 120, 2016, pp. 875-882 ; Haritini DIPLA, « La sentence arbitrale sur la mer de Chine méridionale et le statut des formations insulaires en droit international », *Annuaire du droit de la mer*, tome XXIII, 2018, pp. 117-154 ; Sondra FACCIO, « The South China Sea arbitration award of July 12, 2016 : the unbearable lightness of being a rock », *La Comunità internazionale*, vol. 72, 2017, pp. 623-636 ; Erik FRANCKX, *op. cit*. note 28, pp. 1-15 ; Michael Sheng-ti GAU, « The interpretation of article 121(3) of UNCLOS by the Tribunal for the South China Sea arbitration : a critique », *Ocean Development and International Law*, vol. 50, 2019, pp. 49-69 ; Douglas GUILFOYLE, « The South China Sea award : how should we read the UN Convention on the law of the sea ? », *Asian Journal of International Law*, vol. 8, 2018, pp. 51-63 ; Warwick GULLET, « The South China Sea arbitration's contribution to the concept of juridical islands », *Questions of International Law* – Zoom-in 47, 2018, pp. 5-38 ; Nathalie KLEIN, « Islands and rocks after the South China Sea arbitration », *The Australian Yearbook of International Law*, vol. 34, 2016, pp. 21-29 ; Romain

© Editions A. Pedone

« *landmark decision* »[37], elle a été généralement bien accueillie – hormis, bien entendu, par les internationalistes chinois[38] –, non sans parfois quelques observations réservées ou dubitatives concernant l'interprétation novatrice donnée de l'article 121 CNUDM[39]. Reste que l'on ne peut que demeurer extrêmement sceptique face à la différenciation que le tribunal établit entre îles et rochers dans la mesure où son interprétation du paragraphe 3 de l'article 121 CNUDM nous paraît altérer son sens ordinaire et méconnaître l'histoire de sa négociation, sans pour autant trouver le moindre appui dans la pratique internationale.

*

LE BŒUF, « Différend en mer de Chine méridionale (Philippines c. Chine). Sentence arbitrale du 12 juillet 2016 », *Annuaire français de droit international*, tome 62, 2016, pp. 159-181 ; Ted L. MCDORMAN, *op. cit*. note 27, pp. 134-145 ; Nilufer ORAL, « The South China Sea arbitral award : casting light on article 121 of UNCLOS », *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 16, 2017, pp. 354-364 ; Alex G. OUDE ELFERINK, « The South China Sea arbitration's interpretation of article 121(3) of the LOSC : a disquieting first », *The JCLOS Blog*, 7 September 2016 ; Bernard H. OXMAN, « The South China Sea arbitration award », *University of Miami International and Comparative Law Review*, vol. 24, 2017, pp. 235-284 ; Jin-Hyun PAIK, « South China Sea arbitral awards : main findings and assessment », *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 20, 2016, pp. 367-407 ; Ghislain POISSONNIER, « Des clarifications juridiques importantes pour les litiges en mer de Chine méridionale », *Journal du droit international (Clunet)*, vol. 144, 2017, pp. 543-564 ; Lucie REED and Kenneth WONG, « Marine entitlements in the South China Sea : the arbitration between the Philippines and China », *American Journal of International Law*, vol. 110, 2016, pp. 746-760 ; Eliana SILVA PEREIRA, « Islands and rocks. Recent developments by South China arbitral award », *in* Tafsir Malik NDIAYE and Rodrigo Fernandes MORE (eds), *Prospects of evolution of the law of the sea, environmental law and the practice of ITLOS : new challenges and emerging regimes. Essays in honour of judge Vicente Marotta Rangel*, Rio de Janeiro, Sag Editoração, 2018, pp. 213-232 ; Matthew STUBBS and Dale STEPHENS, « Dredge your way to China ? The legal significance of Chinese reclamation and construction in the South China Sea », *Asia-Pacific Journal of Ocean Law and Policy*, vol. 2, 2017, pp. 25-51 ; F. Shannon SWEENEY, « Rocks v. islands : natural tensions over artificial features in the South China Sea », *Temple International and Comparative Law Journal*, vol. 31, 2017, pp. 599-633 ; Stefan TALMON, « The South China Sea arbitration and the finality of "final" awards », *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 8, 2017, pp. 388-401 ; Yoshifumi TANAKA, « Reflections on the interpretation of article 121(3) in the South China Sea arbitration (merits) », *Ocean Development and International Law*, vol. 48, 2017, pp. 365-385 (article repris et développé dans l'ouvrage du même auteur *The South China Sea arbitration. Toward an international legal order in the oceans*, Oxford, Hart, 2019, L-260 p.) ; Chris WHOMERSLEY, *op. cit.* note 30, pp. 387-423.

[37] N. ORAL, *op. cit.* note 36, p. 359.

[38] La Chinese Society of International Law a présenté une longue et détaillée réfutation des deux sentences (compétence et recevabilité, fond) sous le titre « The South China Sea Arbitration awards : a critical study », *Chinese Journal of International Law*, vol. 17, 2018, pp. 207-748.

[39] Parmi les auteurs cités *supra* (note 36), les plus critiques sont H. DIPLA, M.S.T. GAU, R. LE BOEUF, A.G. OUDE ELFERINK, S. TALMON et C. WHOMERSLEY (on observera que le dernier auteur, ancien conseiller juridique adjoint au Foreign and Commonwealth Office, a été publié dans une revue chinoise). A ces études, il convient d'ajouter les observations très sévères de S. TALMON dans son commentaire de l'article 121 CNUDM *in* Alexander PROELSS (ed.), *United Nations Convention on the Law of the Sea. A commentary*, München, C.H. Beck, 2017, pp. 858-880, ainsi que celles – non moins critiques – de Myron H. NORDQUIST et William G. PHALEN, « Interpretation of UNCLOS Article 121 and Itu Aba (Taiping) in the South China Sea arbitration award », *in* Myron H. NORDQUIST *et al.* (eds), *International marine economy. Law and policy*, Leiden, Brill Nijhoff, 2017, pp. 3-78.

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

La question d'une différenciation des formations marines au regard des droits qu'elles engendrent sur les espaces marins au profit de ceux qui en revendiquent la souveraineté est ancienne. Ainsi, dès 1934, Gidel pouvait-il écrire que « [l]a justification de l'idée qu'il ne faut pas qualifier d'île et traiter juridiquement comme telle une élévation du sol marin à émersion permanente mais d'une surface infime, est d'ordre pratique et de bon sens »[40]. Reste que, partagés en fonction de leur intérêts nationaux, les Etats n'ont jamais réussi à s'accorder sur la moindre ligne directrice en la matière, ni lors de la Conférence de codification de La Haye de 1930, ni lors des travaux ayant conduit aux conventions de 1958. Le problème demeurait donc entier à la veille de la III[e] Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer, mais le contexte avait profondément évolué puisque le régime des formations insulaires s'insérait désormais dans un considérable mouvement d'extension de l'emprise des Etats sur les mers et les océans.

On doit convenir que les travaux préparatoires de la convention de 1982[41] n'aident guère à l'interprétation du paragraphe 3 de l'article 121 CNUDM, mais ils fournissent néanmoins d'utiles indications que l'on serait malavisé de mépriser.

Avant même l'ouverture de la conférence, quelques documents se référant aux îles avaient été présentés par divers Etats au Comité des utilisations pacifiques du fond des mers et des océans au-delà de la juridiction nationale[42]. Certains ne prévoyaient pas de différenciation entre les îles[43], mais trois

[40] Gilbert GIDEL, *Le droit international public de la mer*, tome III, Châteauroux, Mellottée, 1934, p. 674.

[41] Voir *Le droit de la mer. Régime des îles. Travaux préparatoires concernant la Partie VIII (article 121) de la CNUDM*, New York, Nations Unies, 1988, IV-116 p., ainsi que Satya N. NANDAN and Shabtai ROSENNE (eds), *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982. A commentary*, vol. III, The Hague, Martinus Nijhoff, 1995, pp. 321-339. Voir également Clive R. SYMMONS, *The maritime zones of islands in international law*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1979, pp. 9-60, ainsi que les études citées *supra* note 4, auxquelles il conviendra d'ajouter le commentaire de S. TALMON (mentionné *supra* note 39) et la contribution de M.H. NORDQUIST – qui suivit la III[e] Conférence au sein de la délégation des Etats-Unis – et W.G. PHALEN, *op. cit.* note 39.

[42] Créé par la résolution 2467 A (XXIII) du 21 décembre 1968, complétée par la résolution 2750 C (XXV) du 17 décembre 1970, dans le but de préparer la III[e] Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer. Ci-après nommé « Comité des fonds marins ».

[43] Ainsi de l'Uruguay (projet d'articles de traité sur la mer territoriale, doc. A/AC.138/SC.II/L.24), de la Grèce (projet d'article relatif au régime des îles, doc. A/AC.138/SC.II/L.29 et Corr.1) et de la Chine (document de travail : les espaces marins en deçà des limites de la juridiction nationale, doc. A/AC.138/SC.II/L.33). Voir *Rapport du Comité des utilisations pacifiques du fond des mers et des océans au-delà des limites de la juridiction nationale*, Assemblée générale, Doc. off., 28[e] session, supplément n° 21 (A/9021), vol. III, pp. 34, 85 et 86-89. Lors des débats au sein du sous-comité II, la Grèce avait déclaré que le régime des îles ne pouvait être juridiquement fondé sur des critères de dimension, de population, de localisation géographique ou de configuration géologique sans mettre à néant les principes d'égalité souveraine et d'intégrité de la souveraineté territoriale (67[e] séance ; doc. A/AC.138/SC.II/SR.67). Voir également l'article 9 du projet d'articles ultérieurement soumis par la Grèce à la deuxième commission de la III[e] Conférence, doc. A/CONF.62/C.2/L.22 (25 juillet 1974) ; *Troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer. Documents officiels* (ci-après « *Doc. off.* »), vol. III, p. 234.

© Editions A. Pedone

introduisaient des éléments conduisant à les distinguer, notamment en fonction de leur superficie. Ainsi Malte définissait l'île comme « une étendue naturelle de terre d'une superficie supérieure à un kilomètre carré, entourée d'eau, qui reste découverte à marée haute »[44], tandis qu'un îlot est « une étendue naturelle de terre, d'une superficie inférieure à un kilomètre carré, entourée d'eau, qui reste découverte à marée haute »[45] ; le projet maltais précisait qu'« [u]n Etat ne peut revendiquer de juridiction sur l'espace marin en raison de la souveraineté ou du contrôle qu'il exerce sur : [...] b) des îlots ; [...] »[46]. Pour sa part, la Roumanie avait proposé une disposition selon laquelle « [l]es îlots et les petites îles, inhabités, sans vie économique, situés sur le plateau continental des côtes n'ont pas en propre du plateau ou autre espace marin de la même nature »[47]. Par ailleurs un groupe de quinze Etats africains aborda indirectement la question dans le cadre du droit à une zone économique exclusive ; ils proposèrent un article disposant que « [l]'espace maritime des îles est déterminé selon des principes équitables tenant compte de tous les facteurs et éléments pertinents, notamment : a) de la superficie des îles ; b) de la population ou de l'absence de population ; c) de la proximité du territoire principal ; d) du fait qu'elles sont ou non situées sur le plateau continental d'un autre territoire ; e) de leur structure et de leur configuration géologiques et géomorphologiques »[48]. Ces diverses propositions ouvraient le débat quant à une éventuelle différenciation entre les divers types d'îles, mais aucune ne faisait référence aux rochers.

Les premières apparitions du terme « rocher » se trouvent au sein de trois documents produits par la Turquie et dans celui déposé par un groupe de quatorze Etats africains, tous lors de la deuxième session de la Conférence (Caracas, 1974). Les documents turcs présentaient « l'existence d'îles, d'îlots ou de rochers » comme une circonstance spéciale à prendre en compte lors de la

[44] Malte : Avant-projet d'articles relatifs à la délimitation de la juridiction de l'Etat souverain sur l'espace marin et aux droits et obligations des États riverains dans la zone soumise à leur juridiction, doc. A/AC.138/SC.II/L.28 ; *Rapport...* précité note 43, vol. III, p. 47.
[45] *Ibid.*
[46] *Eod. loc.*, p. 51.
[47] Roumanie : Document de travail concernant certains aspects particuliers du régime des îles dans le contexte de la délimitation des espaces marins entre les Etats voisins, doc. A/AC.138/SC.II/L.53 ; *Rapport...* précité note 43, vol. III, p. 124. Le document précisait par ailleurs que ces îles pouvaient avoir des eaux « en propre en [*sic* pour "ou"] faisant partie de la mer territoriale de la côte » sous réserve d'une détermination par voie d'accord (*eod. loc.*).
[48] Algérie, Cameroun, Côte d'Ivoire, Ghana, Kenya, Libéria, Madagascar, Maurice, République-Unie de Tanzanie, Sénégal, Sierra Leone, Somalie, Soudan, Tunisie et Zaïre : Projet d'articles sur la zone économique exclusive, doc. A/AC.138/SC.II/L.40 et Corr.1-3 ; *Rapport...* précité note 43, vol. III, p. 105. La même proposition fut reprise dans un autre document déposé par quatre des signataires originels (Cameroun, Kenya, Madagascar et Tunisie) auxquels s'était jointe la Turquie (doc. A/AC.138/SC.II/L.43 ; *Rapport...* précité note 43, vol. III, p. 115). Les critères correspondaient à ceux figurant dans une déclaration de l'Organisation de l'unité africaine (doc. A/AC.138/89, point B ; *Rapport...* précité note 43, vol. II, p. 7) qui fut également présentée lors de la deuxième session de la III[e] Conférence (doc. A/CONF.62/33 [point B], 19 juillet 1974 ; *Doc. off.*, vol. III, p. 73).

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

délimitation du plateau continental[49] et de la zone économique[50], tout en précisant notamment que « [l]es îles sans vie économique situées en dehors de la mer territoriale d'un Etat n'ont pas d'espace marin propre » de même que les « rochers et les hauts fonds découvrants »[51]. Le document africain[52] distinguait pour sa part l'île (« vaste étendue naturelle de terre entourée d'eau qui reste découverte à marée haute »), de l'îlot (« plus petite étendue naturelle de terre entourée d'eau qui reste découverte à marée haute »), du rocher (« élévation rocheuse naturelle de terrain qui est entourée par la mer et découverte à marée haute ») et du haut-fond découvrant (« élévation naturelle de terrain qui est entourée par la mer et découverte à marée basse mais recouverte à marée haute »).

Quant à elle, la Roumanie avait présenté deux documents. Dans le premier[53], elle reprenait en le détaillant ce qu'elle avait défendu devant le Comité des fonds marins, avançant que « [l]es îles qui se trouvent dans les zones marines à délimiter sont à prendre en considération en fonction de leur superficie, du fait de leur population ou absence de population, de leur emplacement et configuration géographique, ainsi que d'autres facteurs pertinents », et que « [l]es hauts-fonds découvrants, les îlots et les îles analogues aux îlots (de petite taille, inhabitées, sans vie économique) situés au-delà des eaux territoriales des côtes et qui constituent des éminences du plateau continental – que des phares ou autres installations y aient été ou non construits – ainsi que les îles artificielles – indifféremment de leurs dimensions et caractéristiques – n'entrent pas en ligne de compte pour la délimitation des espaces marins ou océaniques entre les Etats voisins ». Dans le second document[54], elle donnait une définition de l'îlot (« une élévation naturelle de terrain (ou une simple éminence du fond

[49] Turquie : projet d'article sur la délimitation du plateau continental entre les États ; divers aspects en cause (26 juillet 1974). Doc. A/CONF.62/C.2/L.23 ; *Doc. off*., vol. III, p. 234.

[50] Turquie : projet d'article sur la délimitation entre Etats adjacents ou qui se font face (1er août 1974), doc. A/CONF.62/C.2/L.34 ; *Doc. off*., vol. III, p. 247. La proposition de la Turquie – tant pour le plateau continental que pour la zone économique – était partiellement en phase avec celle de la France qui faisait référence au « caractère spécial de certaines circonstances, y compris la présence d'îles ou d'îlots dans la zone à délimiter ou de telle sorte qu'ils pourraient influer sur la délimitation à opérer » (France : projet d'article sur la délimitation du plateau continental ou de la zone économique [22 août 1974], doc. A/CONF.62/C.2/L.74 ; *Doc. off*., vol. III, p. 275).

[51] Turquie : projet d'articles sur le régime des îles (13 août 1974), doc. A/CONF.62/C.2/L.55 ; *Doc. off*., vol. III, pp. 266-267.

[52] Algérie, Côte d'Ivoire, Dahomey, Guinée, Haute-Volta, Libéria, Madagascar, Mali, Maroc, Mauritanie, Sierra Leone, Soudan, Tunisie et Zambie : projet d'articles sur le régime des îles (27 août 1974), doc. A/CONF.62/C.2/L.62/Rev.1 ; *Doc. off*., vol. III, p. 269. Le projet contient également une énumération de critères équitables devant gouverner la délimitation (*eod. loc.*) qui font écho à ceux qui avaient été présentés au Comité des fonds marins (voir *supra* note 48).

[53] Roumanie : projet d'articles sur la délimitation des espaces marins ou océaniques entre Etats voisins limitrophes ou se faisant face : différents aspects en cause (23 juillet 1974), doc. A/CONF.62/C.2/L.18 ; *Doc. off*., vol. III, p. 227.

[54] Roumanie : projet d'articles sur la définition et le régime applicable aux îlots et aux îles analogues aux îlots (12 août 1974), doc. A/CONF.62/C.2/L.53 ; *Doc. off*., vol. III, p. 264-265.

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

de la mer) d'une superficie inférieure à un kilomètre carré, entourée d'eau, qui reste découverte à marée haute ») et de l'« île analogue à un îlot » (« une élévation naturelle de terrain (ou une simple éminence du fond de la mer) entourée d'eau et découverte à marée haute, d'une superficie supérieure à un kilomètre carré mais inférieure à ... kilomètres carrés, qui n'est pas ou ne peut pas être habitée (de façon permanente) ou qui n'a pas ou ne peut pas avoir sa propre vie économique »).

Ces divers projets avaient pour point commun de vouloir contrarier d'éventuelles revendications sur les espaces marins au large de petites formations marines[55]. Le projet africain s'accompagnait d'une note anticoloniale conduisant à refuser la jouissance des droits attachés aux espaces marins et à leurs ressources aux puissances coloniales, étrangères ou racistes, ces droits étant réputés appartenir aux habitants des îles et ne devant profiter qu'à leur propre développement[56]. Quant au projet présenté par la Turquie il était à mettre en regard de la situation complexe en mer Egée, tandis que le projet de la Roumanie était en lien direct avec le litige opposant cet Etat avec l'U.R.S.S. à propos de l'île des Serpents dans la mer Noire[57].

Aucun de ces textes ne permettait de donner une définition précise de ce qui constituait un rocher quand bien même ils laissaient bien comprendre qu'il ne pouvait s'agir que d'une formation de petite taille. Seul le projet roumain donnait une indication chiffrée (moins d'un kilomètre carré) mais celle-ci se référait à un « îlot », le projet ne faisant pas mention des rochers. Encore faut-il signaler que les délégués avaient connaissance de deux références en la matière. Le Bureau hydrographique international opérait une distinction entre les petits îlots (de 1 à 10 km^2), les îlots (de 10 à 100 km^2) et les îles (de 100 à 5 x 10^6 km^2), ce qui pouvait laisser penser qu'un rocher aurait correspondu à une émergence de moins d'un kilomètre carré. Quant au Géographe du Département d'Etat, il avait proposé sa propre terminologie répartissant les formations marines entre *rocks* (moins de 0,001 mi^2, soit moins de 0,0026 km^2), *islets* (entre 0,001 et 1 mi^2 [0,0026 et 2,59 km^2]), *isles* (plus de 1 mi^2 [2,59 km^2] mais pas plus de 1000 mi^2 [2590 km^2]) et *islands* (plus de 1000 mi^2)[58]. On peut également rappeler que, plus anciennement, dans l'affaire des *Minquiers et des Ecréhous*

[55] Voir, en sens contraire, la proposition des Fidji, de la Nouvelle-Zélande, du Samoa-Occidental et de Tonga (Projet d'article relatif aux îles et aux territoires sous domination étrangère ou contrôle étranger [30 juillet 1974], doc. A/CONF.62/C.2/L.30 ; *Doc. off.*, vol. III, p. 244).

[56] La « question coloniale » fut présente tout au long de la conférence et une disposition spécifique la concernant figura un temps parmi les projets d'articles. La recherche d'un consensus la fit cependant disparaître au profit d'une simple résolution insérée dans l'annexe I à l'Acte final de la Conférence (Doc. A/CONF.62/121 [21 octobre 1982], Annexe I, Résolution III ; *Doc. off.*, vol. XVII, p. 154).

[57] L'île des Serpents présente une superficie d'environ 0,17 km^2, avec une circonférence de quelque 2000 m.

[58] Voir Robert D. HODGSON and Robert W. SMITH, « The Informal Single Negotiating Text (Committee II) : a geographical perspective », *Ocean Development and International Law*, vol. 3, 1975-76, p. 230.

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

ayant opposé la France et le Royaume-Uni, tant les parties que la Cour internationale de Justice avaient distingué les îlots (*islets*) des rochers (*rocks*)[59].

Ceci étant, lors de la session de Caracas, aucune formule n'émergea des débats au sein de la deuxième commission de la Conférence qui devait notamment traiter du régime des îles. Mis à part les Etats présentant leurs projets de texte[60], la plupart des participants manifestèrent leur refus de toute différenciation de traitement entre les îles[61], certains adoptant toutefois une position plus nuancée si ce n'est dubitative[62] s'agissant des droits devant découler de la souveraineté sur « des îlots et des rochers sans possibilités réelles de vie économique, et situés loin du continent »[63], une « pointe rocheuse »[64], « un rocher ou [...] un îlot isolé au milieu de l'océan »[65] ou encore « de petites îles ou des îles inhabitées, dispersées sur une vaste étendue d'océan »[66], voire même « un rocher dénudé »[67].

Par suite, le document de travail présentant les « principales tendances » à l'issue de la deuxième session – une simple compilation – fit place aux diverses propositions écrites ayant été soumises à la deuxième commission. Ainsi, une « disposition 239 »[68] s'articulait en trois formules alternatives : la première (formule A) reprenait la définition de l'île figurant au paragraphe 1 de l'article 10 de la convention de 1958 sur la mer territoriale et la zone contiguë, la deuxième (formule B) correspondait aux catégories proposées par les Etats africains[69] et la troisième (formule C) au projet roumain[70]. La « disposition 241 » portant sur la détermination des espaces marins

[59] Arrêt du 17 novembre 1953, *C.I.J. Recueil 1953*, pp. 47 et s. La Cour mentionne ainsi « deux ou trois îlots habitables, plusieurs îlots plus petits et un grand nombre de rochers » (*eod. loc*., p. 53).
[60] Roumanie, 39e séance (14 août 1974), par. 29-36 ; Turquie, 39e séance, par. 62-64 ; Grèce, 39e séance, par. 74-80 ; Tunisie, 40e séance (14 août 1974), par. 22-30, et Madagascar, 40e séance, par. 48. Voir *Doc. off*., vol. II, pp. 315, 318, 319, 322 et 323.
[61] Nouvelle-Zélande, 21e séance (31 juillet 1974), par. 5, et 38e séance (13 août 1974), par. 69-71 ; Tonga, 24e séance (1er août 1974), par. 45-47 et 39e séance (14 août 1974), par. 37-41 ; Samoa-Occidental, 39e séance, par. 24 ; Trinité-et-Tobago, 39e séance, par. 42-47 ; Fidji, 39e séance, par. 48-51 ; Venezuela, 40e séance (14 août 1974), par. 1-3 ; France, 40e séance, par. 6-9 ; Jamaïque, 40e séance, par. 13-15 ; Chypre, 40e séance, par. 16-18 et Royaume-Uni, 40e séance, par. 33-41. Voir *Doc. off*., vol. II, pp. 189, 212, 311-312, 314-317 et 320-323. Voir également la déclaration du président de la Commission mixte du Congrès de la Micronésie, doc. A/CONF.62/L.6 (27 août 1974) ; *Doc. off*., vol. III, p. 97.
[62] Telle l'Espagne, 40e séance (14 août 1974), par. 53-57. Voir *Doc. off*., vol. II, p. 324. Pour sa part, le Mexique estimait que les îles devaient bénéficier des mêmes projections sur les espaces marins que les autres territoires terrestres mais il se déclarait ouvert à certaines exceptions (40e séance [14 août 1974], par. 47 ; *Doc. off*., vol. II, p. 323).
[63] 39e séance (14 août 1974), par. 5. Voir *Doc. off*., vol. II, p. 313.
[64] Colombie, 39e séance (14 août 1974), par. 16. Voir *Doc. off*., vol. II, p. 313.
[65] Canada, 39e séance (14 août 1974), par. 60. Voir *Doc. off*., vol. II, p. 317.
[66] Singapour, 39e séance (14 août 1974), par. 72. Voir *Doc. off*., vol. II, p. 319.
[67] *Idem*.
[68] Exposé des activités de la Conférence pendant ses première et deuxième sessions, Annexe II, appendice I. Doc. A/CONF.62/L.8/Rev.1 (17 octobre 1974) ; *Doc. off*., vol. III, p. 163.
[69] Voir *supra* note 52.
[70] Voir *supra* note 54.

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

reconnaissait les mêmes droits à toutes les îles (formule B), reprenait les « facteurs et éléments pertinents » avancés par les Etats africains[71] (formule A), et reproduisait la formule turque privant d'espace marin propre « les îles sans vie économique propre situées en dehors de la mer territoriale d'un Etat » ainsi que les « rochers et les hauts-fonds découvrants »[72] (formule D)[73].

Au cours de la troisième session de la Conférence (Genève, 1975) les travaux de la deuxième commission prirent pour l'essentiel la forme de discussions officieuses. On ne peut donc savoir comment son président, Reynaldo Galindo Pohl, parvint au Texte unique de négociation (officieux)[74] qu'il avait eu la charge d'établir (tout comme chacun des présidents des autres commissions pour ce qui les concernait). Ce texte portait un article 132 relatif au régime des îles disposant :

> « 1. Une île est une étendue naturelle de terre entourée d'eau qui reste découverte à marée haute.
> 2. Sous réserve de la disposition énoncée au paragraphe 3, la mer territoriale, la zone contiguë, la zone économique exclusive et le plateau continental d'une île sont déterminés conformément aux dispositions de la présente Convention qui sont applicables à d'autres étendues terrestres.
> 3. Les rochers qui ne se prêtent pas à l'habitation humaine ou à une vie économique propre n'ont pas de zone économique exclusive ou de plateau continental. »[75]

Le troisième paragraphe constituait ainsi une sorte de synthèse entre les propositions formulées par la Roumanie et la Turquie et sa rédaction demeura substantiellement inchangée jusqu'à l'adoption du texte final de la convention.

Lors de la quatrième session de la Conférence (New York, mars-mai 1976), la deuxième commission conduisit ses travaux de manière officieuse sur la base du Texte unique de négociation (officieux), les participants ne pouvant soumettre d'éventuels amendements que d'une manière informelle. Quatre Etats (Colombie[76], Libye[77], Tunisie[78] et Turquie[79]) en présentèrent mais ils furent tous

---

[71] Voir supra note 52.
[72] Voir *supra* note 51.
[73] Exposé des activités... précité note 68, *Doc. off*., vol. III, pp. 163-164.
[74] Doc. A/CONF.62/WP.8/Part II ; *Doc. off*., vol. IV, pp. 157-176. Le président de la Conférence avait souligné « qu'il s'agirait là d'un texte destiné à servir de base de négociation plutôt que d'un document négocié ou d'un compromis accepté et que ce texte ne porterait atteinte à la position d'aucune délégation » (*eod. loc*., p. 157).
[75] *Eod. loc*., p. 175. Selon M.H. NORDQUIST et W.G. PHALEN (*op. cit*. note 39, p. 25), cette rédaction serait de la plume du rapporteur de la deuxième commission, Satya N. Nandan, par ailleurs représentant des Fidji. La même observation est faite par S. TALMON qui ajoute que « *[i]t is difficult to comprehend that Ambassador Nandan was drafting a provision that would have deprived all "islands" which cannot sustain human habitation or economic life of their own of an EEZ and continental shelf – an outcome that would have been contrary to the interests of his own country* » (*op. cit*. note 39, p. 870), ce qui aurait été de surcroît en contradiction avec la position qu'il avait prise devant la deuxième commission s'opposant au refus d'une ZEE aux îles inhabitées (voir la 39e séance, *supra* note 61).
[76] La Colombie proposait une nouvelle rédaction du paragraphe 3 : « *Islands without a life of their own, without a permanent settled population, that are closer to the coastline of [an] other State than to the*

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

rejetés. L'article relatif au régime des îles demeura donc inchangé dans le Texte unique de négociation révisé préparé par le nouveau président de la commission, Andrés Aguilar, si ce n'est qu'il était devenu l'article 128[80].

Le sujet ne fut pas abordé au cours de la cinquième session (New York, août-septembre 1976). Malgré la proposition d'une nouvelle disposition par plusieurs Etats[81], le texte ne fut pas modifié lors de la sixième session (New York, 1977) et la nouvelle version du Texte de négociation composite officieux – désormais consolidé – reprend sans modification le texte de l'article relatif au régime des îles (qui devint l'article 121)[82]. Au cours de la première partie de la septième session (Genève, mars-mai 1978) un groupe d'Etats proposa un amendement au paragraphe 3 visant à l'étendre, au-delà des rochers qui ne se prêtent pas à l'habitation humaine ou à une vie économique propre, aux îlots présentant les mêmes caractéristiques[83], mais cette proposition ne fut pas retenue. Il en fut de même de la proposition inverse du Japon[84] – soutenu par la Grèce[85] et la France[86] – visant à supprimer le paragraphe 3. Lors de la neuvième session (New York, mars-avril 1980, et Genève, juillet-août 1980), la France se prononça une nouvelle fois en faveur de la suppression du paragraphe 3[87], de

coastline of the State to which they belong, and located at a distance less than double the breadth of the territorial sea of that State will not have an exclusive economic zone or continental shelf ». Voir Renate PLATZÖDER, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea : documents*, vol. IV, Dobbs Ferry (N.Y.), Oceana, 1983-89, p. 346.

[77] La Libye proposait un remaniement du paragraphe 3 (« *Small islands and rocks, wherever they may be, which cannot sustain human habitation or economic life of their own shall have no territorial sea, nor contiguous zone, nor economic zone, nor continental shelf* ») et l'ajout d'un paragraphe 4 (« *Such islands and rocks provided for in the preceding third paragraph shall have maritime safety zones which will not affect the maritime space of the adjacent or opposite States* »). Voir R. PLATZÖDER, *op. cit*. note 76, vol. IV, p. 347.

[78] La Tunisie entendait réintroduire les définitions et critères antérieurement proposés par le groupe de quatorze Etats africains (voir *supra* note 52). Voir R. PLATZÖDER, *op. cit*. note 76, vol. IV, p. 347.

[79] La Turquie proposait d'introduire une réserve au paragraphe 2 (« *Except where they [islands] constitute special circumstances...* ») et une simplification du paragraphe 3 (« *Rocks shall have no marine space of their own* »). Voir R. PLATZÖDER, *op. cit*. note 76, vol. IV, p. 348.

[80] Doc. A/CONF.62/WP.8/Rev.1 (6 mai 1976) ; *Doc. off*., vol. V, pp. 185-186.

[81] Algérie, Irak, Irlande, Jamahiriya arabe libyenne, Madagascar, Nicaragua, République-Unie du Cameroun, Roumanie et Turquie : projet de paragraphe sur le régime des îles (11 juillet 1977), doc. A/CONF.62/C.2/L.96 ; *Doc. off*., vol. VII, p. 87. Ce projet se lit : « Les îles qui sont situées sur le plateau continental ou dans la zone économique exclusive d'un autre État, ou dont la situation géographique fait qu'elles empiéteraient sur le plateau continental ou la zone économique exclusive normaux d'autres Etats, n'ont pas de zone économique exclusive ou de plateau continental propre ».

[82] Doc. A/CONF.62/WP.10 (15 juillet 1977) ; *Doc. off*., vol. VIII, p. 23.

[83] Algérie, Bangladesh, Cameroun, Irak, Libye, Madagascar, Maroc, Nicaragua, Somalie, Turquie : Doc. C.2/Informal Meeting/21 (28 avril 1978) ; R. PLATZÖDER, *op. cit*. note 76, vol. V, p. 30. Voir, à ce propos, les interventions de Madagascar et de la Turquie lors des 103e (18 mai 1978) et 140e (27 août 1980*)* séances plénières, *Doc. off*., vol. IX, p. 69, par. 39 et XIV, p. 690, par. 55.

[84] 103e séance plénière (18 mai 1978), *Doc. off*., vol. IX, p. 72, par. 84. Voir également le document C.2/Informal Meeting/27 ; R. Plazöder, *op. cit*. note 76, vol. V, p. 37.

[85] 103e séance plénière (18 mai 1978), *Doc. off*., vol. IX, p. 69, par. 49.

[86] 105e séance plénière (19 mai 1978), *Doc. off*., vol. IX, p. 84, par. 34.

[87] 127e séance plénière (3 avril 1980), *Doc. off*., vol. XIII, p. 34, par. 72.

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

même que le Royaume-Uni[88] et le Venezuela qui estimait qu'il soulèverait de « graves difficultés d'interprétation » car « [l]e terme "rocher" ne fait partie ni du vocabulaire juridique ni du vocabulaire scientifique et pourrait viser toute formation insulaire »[89] ; à l'inverse la Dominique plaidait en faveur de son maintien, estimant que le paragraphe en question « est tout à fait clair et acceptable » et que « prévoir que des "rochers" puissent avoir une zone économique exclusive créerait un précédent inquiétant qui ne pourrait reposer que sur des considérations politiques »[90]. Quant à la Roumanie, elle réitéra sa position selon laquelle « [l]es îlots inhabités et sans activité économique propre ne doivent pas avoir d'effets négatifs sur les espaces maritimes appartenant aux côtes principales des Etats respectifs »[91]. En fin de compte, le paragraphe 3 de l'article 121 fut maintenu et sa rédaction demeura inchangée dans les trois versions successives du Texte de négociation composite officieux[92], si ce n'est que, dans la dernière version, la conjonction de coordination « ou » fut remplacée par « ni » (« ...n'ont pas de zone économique exclusive *ni* de plateau continental »)[93]. La question ne fut pas reprise lors de la dixième session (New York, mars-avril 1981, et Genève, août 1981) au cours de laquelle le texte de négociation devint officiellement le « projet de convention sur le droit de la mer »[94].

Lors de la onzième et dernière session de la Conférence (New York, mars-avril et septembre 1982), quelques Etats tentèrent encore – mais sans succès – d'infléchir le cours des choses. La Roumanie présenta un amendement reprenant sa proposition ancienne[95], tandis que le Venezuela s'efforça d'obtenir la

[88] 137e séance plénière (26 août 1980), *Doc. off*., vol. XIV, p. 55, par. 86.
[89] 135e séance plénière (25 août 1980), *Doc. off*., vol. XIV, p. 23, par. 18. Le Venezuela poursuivait en déclarant : « En outre, les deux critères qui détermineraient ce traitement d'exception sont équivoques et très relatifs. Pour des raisons diverses, mais le plus souvent économiques, des îles autrefois inhabitées le sont maintenant, et vice versa. Si cette disposition devait être maintenue dans le texte final, la délégation vénézuélienne l'interpréterait comme signifiant que l'aptitude d'une île à l'habitation humaine désigne non seulement la possibilité abstraite d'habitation, mais encore la réalité concrète – le territoire continental ou insulaire d'un État pouvant être aménagé pour répondre aux intérêts de l'État en question. De même, le Venezuela considère que, par "vie économique propre", il ne faut pas entendre l'autarcie complète, mais l'existence de ressources naturelles pouvant être exploitées économiquement ou la possibilité d'autres utilisations » (*ibid*.). Voir également le rappel de la position du Venezuela lors des 154e et 158e séances plénières (28 août 1981 et 30 mars 1982), *Doc. off*., vol. XV, p. 43, par. 21, et vol. XVI, p. 16, par. 14-15.
[90] 140e séance plénière (27 août 1980), *Doc. off*., vol. XIV, p. 88, par. 29. La Dominique a évoqué les problèmes de délimitation dans la mer des Caraïbes où se trouvent des îles très voisines entre elles ainsi que des « îlots, baies et rochers ».
[91] Déclaration de la délégation de la Roumanie, en date du 2 avril 1980, doc. A/CONF.62/WS/2 (10 avril 1980) ; *Doc. off*., vol. XIII, p. 109, par. 7.
[92] A/CONF.62/WP.10/Rev.1 (28 avril 1979), A/CONF.62/WP.10/Rev.2 (11 avril 1980) et A/CONF.62/WP.10/Rev.3 (27 août 1980).
[93] Cette dernière formulation étant grammaticalement plus correcte. Voir, à ce propos, l'observation de la Dominique lors de la 140e séance du débat général plénier (27 août 1980) ; *Doc. off*., vol. XIV, p. 88, par. 29.
[94] Doc. A/CONF.62/L.78 (28 août 1981) ; *Doc. off*., vol. XV, pp. 183-255.
[95] Doc. A/CONF.62/L.118 (13 avril 1982) ; *Doc. off*., vol. XVI, p. 239. L'amendement visait à ajouter un quatrième paragraphe à l'article 121 : « 4. Les îlots inhabités n'ont pas d'effets sur les espaces maritimes

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

possibilité de faire des réserves au paragraphe 3 de l'article 121[96]. De manière radicale le Royaume-Uni proposa, appuyé par l'Australie[97], de supprimer le paragraphe 3[98]. Mais si cette initiative fut soutenue par quelques Etats (Grèce[99], Espagne[100], Japon[101], Brésil[102], Portugal[103], Iran[104], Equateur[105] et Zambie[106]), elle fut rejetée par la majorité de ceux qui s'exprimèrent sur ce point[107]. En fin de compte, le Royaume-Uni renonça à demander un vote sur sa proposition[108] et le texte de l'article 121 se présenta donc inchangé au moment de l'adoption de la convention, le 30 avril 1982[109] puis, bien entendu, dans la version authentique qui fut ouverte à la signature à Montego Bay le 10 décembre 1982[110].

Il a déjà été dit que l'examen des travaux préparatoires ne permet pas d'expliciter pleinement le sens et la portée de ce paragraphe. Ainsi la formule « qui ne se prêtent pas à l'habitation humaine ou à une vie économique propre » demeure-t-elle obscure, mais il est néanmoins possible de mieux cerner ce que l'on a entendu sous le terme de « rocher ».

---

appartenant aux côtes principales des États intéressés ». Voir également 169e séance plénière (15 avril 1982), *eod. loc*., pp. 105-106, par. 52-53.

[96] Doc. A/CONF.62/L.108 (13 avril 1982) ; *Doc. off*., vol. XVI, p. 237, et la lettre adressée au Président de la Conférence, Doc. A/CONF.62/L.134 (25 avril 1982) ; *eod. loc*., pp. 256-257. Voir également 168e séance plénière (15 avril 1982), *ibid*., p. 100, par. 67, et 182e séance plénière (30 avril 1982), *ibid*., p. 171, par. 78.

[97] Lettre au Président de la Conférence, Doc. A/CONF.62/L.135 (26 avril 1982) ; *Doc. off*., vol. XVI, p. 258.

[98] Doc. A/CONF.62/L.126 (13 avril 1982) ; *Doc. off*., vol. XVI, p. 248. Voir également 168e séance plénière (15 avril 1982), *eod. loc*., p. 99, par. 57.

[99] 168e séance plénière (15 avril 1982), *Doc. off*., vol. XVI, p. 98, par. 41.

[100] 168e séance plénière (15 avril 1982), *Doc. off*., vol. XVI, p. 102, par. 10.

[101] 169e séance plénière (15 avril 1982), *Doc. off*., vol. XVI, p. 104, par. 43.

[102] 170e séance plénière (16 avril 1982), *Doc. off*., vol. XVI, p. 113, par. 47.

[103] 171e séance plénière (16 avril 1982), *Doc. off*., vol. XVI, p. 122, par. 99.

[104] 172e séance plénière (16 avril 1982), *Doc. off*., vol. XVI, p. 127, par. 38.

[105] 172e séance plénière (16 avril 1982), *Doc. off*., vol. XVI, p. 128, par. 54.

[106] 173e séance plénière (17 avril 1982), *Doc. off*., vol. XVI, p. 135, par. 65.

[107] République démocratique allemande, 170e séance plénière (16 avril 1982), *Doc. off*., vol. XVI, p. 109, par. 6 ; U.R.S.S., 170e séance plénière, *eod. loc*., p. 111, par. 27 ; Algérie, 170e séance plénière, *eod. loc*., p. 113, par. 56 ; Mozambique, 170e séance plénière, *eod. loc*., p. 115, par. 69 ; République de Corée, 171e séance plénière (16 avril 1982), *eod. loc*., p. 115, par. 4 ; Danemark, 171e séance plénière, *eod. loc*., p. 116, par. 8 ; Trinité-et-Tobago, 171e séance plénière, *eod. loc*., p. 117, par. 31 ; Tunisie, 171e séance plénière, *eod. loc*., p. 118, par. 38 ; Bulgarie, 171e séance plénière, *eod. loc*., p. 121, par. 79 ; Yougoslavie, 172e séance plénière (16 avril 1982), *eod. loc*., p. 125, par. 18 ; Colombie, 172e séance plénière, *eod. loc*., p. 126, par. 29 ; Uruguay, 172e séance plénière, *eod. loc*., p. 127, par. 46 ; Mongolie, 173e séance plénière (17 avril 1982), *eod. loc*., p. 131, par. 17 ; Biélorussie, 173e séance plénière, *eod. loc*., p. 132, par. 27 ; Malaisie, 173e séance plénière, *eod. loc*., p. 134, par. 49, et Pakistan, 173e séance plénière, *eod. loc*., p. 135, par. 61. Voir également les déclarations écrites de la Turquie du 17 avril 1982 (A/CONF.62/WS/20 [17 avril 1982] ; *eod. loc*., pp. 274-275) et de la Colombie du 1er avril 1982 (A/CONF.62/WS/18 [5 avril 1982] ; *eod. loc*., pp. 272-274) et du 16 avril 1982 (A/CONF.62/WS/21 [19 avril 1982] ; *eod. loc*., pp. 275-276).

[108] Voir l'intervention du Président de la Conférence lors de la 174e séance plénière (23 avril 1982), *Doc. off*., vol. XVI, p. 140, par. 50.

[109] 182e séance plénière (30 avril 1982), *Doc. off*., vol. XVI, pp. 166-167, par. 28.

[110] Doc. A/CONF.62/122 (7 octobre 1982) ; *Doc. off*., vol. XVII, pp. 157-231.

© Editions A. Pedone

La *summa divisio* est constituée par l'opposition entre les émergences terrestres permanentes et celles qui ne le sont pas. Ces dernières sont qualifiées de « hauts fonds découvrants » et sont spécifiquement visées aux articles 7 et 13 de la CNUDM[111]. Pour ce qui est des émergences permanentes, elles sont globalement qualifiées d'« îles », la convention ne comportant d'ailleurs qu'un article portant « régime des îles ».

Les Etats se répartirent en deux groupes opposés, le premier voulant qu'aucune différence ne soit faite entre ces îles et que toutes soient soumises au même régime juridique et génèrent des droits identiques sur les espaces marins (notamment en matière de délimitation), le second entendant établir une différenciation entre les îles selon divers critères. Avant que ne fût présentée la formulation contenue dans le texte unique de négociation officieux de 1975 – qui correspond, presque mot pour mot, à celle de l'article 121 CNUDM – plusieurs Etats proposèrent de faire une distinction entre les îles (que nous pourrions dire de droit commun ou « ordinaires ») et diverses autres formations marines : îlots (de moins d'un kilomètre carré), îles et îlots inhabités sans vie économique, îles analogues aux îlots (de petite taille, sans vie économique et inhabitées, ou de plus d'un kilomètre carré mais non habitées de manière permanente ou sans vie économique), îlots et rochers sans possibilités réelles de vie économique et situés loin du continent, pointe rocheuse, rocher ou îlot isolé au milieu de l'océan, rocher dénudé, petites îles ou îles inhabitées dispersées sur une vaste étendue d'océan. La diversité de ces appellations montre bien que les Etats n'y recouraient pas de manière synonymique et que, sous réserve de donner à chacun des termes une définition toujours précise, ils établissaient une sorte de hiérarchie décroissante entre les îles *stricto sensu*, les îlots et les rochers, chacune de ces catégories pouvant d'ailleurs laisser place à des sous-distinctions.

Le texte unique de négociation officieux de 1975 constitue à la fois une synthèse et un compromis entre les positions adverses des participants à la conférence. S'agissant de la disposition relative au régime des îles (alors article 132), le principe retenu fut celui d'un traitement indifférencié des îles (dont les espaces marins étaient à déterminer de la même manière que pour les autres étendues terrestres) avec seulement une exception visant les rochers. Ainsi, avaient été écartés tous les critères faisant référence à la nature géologique ou géomorphologique des formations, tout comme ceux qui prenaient en compte

[111] Ce faisant, la convention de 1982 reprend la terminologie de la convention sur la mer territoriale et la zone contiguë de 1958 qui a mis un terme à d'anciennes fluctuations terminologiques. Sur ce point et sur les difficultés que laisse subsister la CNUDM – révélées notamment par le litige ayant opposé le Qatar au Bahreïn –, voir Prosper WEIL, « Les hauts-fonds découvrants dans la délimitation maritime. A propos des paragraphes 200-209 de l'arrêt de la Cour internationale de Justice du 16 mars 2001 en l'affaire de la *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn* », *in* Nisuke ANDO *et al*. (eds), *Liber amicorum Judge Shigeru Oda*, vol. I, The Hague, Kluwer Law International, 2002, pp. 307-321.

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

l'éloignement du continent ou la situation au sein des océans. En recourant au terme de « rocher », le texte instituait implicitement un critère de superficie qui excluait les îles « ordinaires » ainsi que les îlots (par définition plus petits que les îles) pour s'en tenir à l'émergence la plus réduite[112]. Dès lors, on pourrait penser – sans pour autant prétendre que cette interprétation soit seule possible – que la formule « qui ne se prêtent pas à l'habitation humaine ni à une vie économique propre » n'est qu'un simple élément descriptif visant une émergence de taille nécessairement réduite – qualifiée alors de rocher –, plutôt qu'elle n'introduirait des critères de différenciation entre des formations marines pouvant, selon le cas, être qualifiées soit d'île, soit de rocher (sans considération de leur superficie).

Ne retenir comme « rocher » que des émergences permanentes de dimensions extrêmement limitées en les distinguant nettement des îles et îlots est conforme à la règle qui veut que l'exception au principe soit interprétée restrictivement. Une telle lecture est également en phase avec l'idée d'un compromis réalisé entre les deux grandes tendances s'étant faites jour au cours de la négociation sur le régime des îles. Elle expliquerait encore que le paragraphe 3 n'emploie pas le terme d'île mais un terme spécifique (car il aurait été parfaitement possible de rédiger l'exception en parlant d'« *îles* qui ne se prêtent pas à l'habitation humaine ou à une vie économique propre... ». On verra une confirmation de l'hypothèse que le terme « rochers » a été volontairement choisi pour restreindre l'exception aux émergences marines les plus modestes dans le fait que, après 1975, plusieurs propositions furent présentées dans le but de remplacer le terme employé par « îles sans vie propre, sans population permanente », « petites îles et rochers, où qu'ils soient, qui ne se prêtent pas à l'habitation humaine ou à une vie économique propre » ou encore « îlots inhabités et sans activité économique propre », et qu'aucune de ces propositions ne fut retenue.

Ce qui nous paraît constituer l'élément principal de définition d'un rocher semble pourtant avoir été quasiment occulté par le tribunal arbitral au profit d'une construction interprétative on ne peut plus discutable.

*

[112] De l'avis de Clive R. SYMMONS, « *[i]t seems [...] that size as such has been abandoned as a feasible criterion of insular status, and the traditional 1958 definition is to remain, but, indirectly size may still be important because the geological phenomenon of a "rock" has been singled out for special treatment, and that term usually implies, vague and undefined though it is, a minuscule protrusion of land above sea level as in the case of Rockall* » (*op. cit*. note 41, p. 41). De son côté, Hiran W. JAYEWARDENE écrivait, se référant au projet d'articles présenté en 1974 par des États africains (voir *supra* note 52), que celui-ci « *sought to define a "rock" as a naturally formed "rocky elevation of ground" surrounded by water at high tide. Taken with the definition of an "islet" in the same proposal, it would appear that the basis of differentiation is geological rather than size or permanence of elevation above water. However, popular use of the term appears to denote smallness in size* » (*The regime of islands in international law*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1990, p. 6).

© Editions A. Pedone

Compte tenu des demandes des Philippines, le tribunal arbitral avait à déterminer le statut juridique de diverses formations marines (*features*), à savoir Scarborough Shoal et plusieurs émergences dans l'archipel des Spratleys. S'écartant de la terminologie de la CNUDM, il pose un cadre dans lequel sont distingués les « *high-tide features* » (*i.e. « the generic category of features that meet the definition of an island in Article 121(1)* »), les « *submerged features* » (*i.e.* « *features that are fully submerged, even at low tide* ») et les hauts-fonds découvrants (*low-tide elevations*) qu'il définit conformément à l'article 13 CNUDM. Au sein des *high-tide features*, le tribunal oppose les « *rocks* » visés au paragraphe 3 de l'article 121 CNUDM et les « *fully entitled islands* »[113].

Ayant précisé qu'il fallait examiner ces formations marines dans leur état premier avant toute modification par l'homme[114], le tribunal considère que Hughes Reef, Gaven Reef (South), Subi Reef, Mischief Reef et Second Thomas Shoal constituent des hauts-fonds découvrants[115]. Par contre, il constate que Scarborough Shoal, Cuarteron Reef, Fiery Cross Reef, Johnson Reef, McKennan Reef et Gaven Reef (North) « *include, or in their natural condition did include, rocks or sand cays that remain above water at high tide and are, accordingly, high-tide features* »[116]. Dans un deuxième temps, le tribunal examine ces six formations au regard du paragraphe 3 de l'article 121 CNUDM pour conclure qu'elles sont des rochers au sens de ce paragraphe et qu'elles ne sauraient donc générer de zone économique exclusive ni de plateau continental[117]. Puis, élargissant son examen à l'ensemble des îles Spratly, le tribunal qualifie également de rochers Itu Aba, Thitu, West York, Spratly Island, South-West Cay et North-East Cay, ainsi que d'autres « *less significant high-tide features* » qu'il n'estime pas nécessaire d'énumérer individuellement[118].

Il ne s'agira pas ici de discuter de la qualification juridique retenue par le tribunal pour chacune de ces formations[119] [120] – une qualification qui est

[113] Sentence précitée note 32, p. 119, par. 280.
[114] *Eod. loc*., p. 132, par. 306.
[115] *Ibid*., p. 174, par. 382. Le tribunal ajoute que « *Hughes Reef lies within 12 nautical miles of the high-tide features on Mc Kennan Reef and Sin Cowe Island, Gaven Reef (South) lies within 12 nautical miles of the high-tide features at Gaven Reef (North) and Namyit Island, and that Subi Reef lies within 12 nautical miles of the high-tide feature of Sandy Cay on the reefs to the west of Thitu* » (p. 174, par. 384).
[116] *Ibid*., p. 174, par. 382.
[117] *Ibid*., pp. 175-260, par. 385-648.
[118] Au fil de la motivation du tribunal sont mentionnés Nanshan Island, Namyit Island, Loaita, North Danger Reef, Amboyna Cay et Sand Cay.
[119] On observera seulement que les récifs (*reefs*) et les bancs (*shoals*) – les deux termes étant communément utilisés de manière interchangeable – visés par la sentence arbitrale correspondent souvent à des atolls et que la superficie de ces formations ne semble pas excéder 1 km^2. Le tribunal évoque de « *largely submerged reefs, with small protrusions of coral that reach no more than a few metres above water at high tide* » (sentence précitée note 32, p. 179, par. 397) ; les plus grandes formations des Spartleys ici mentionnées, à savoir Itu Aba et Thitu, présentent, selon le tribunal, une superficie de 0,43 et 0,41 km^2 (*eod. loc*., pp. 179 et 180, par. 401 et 402).
[120] Voir cependant, concernant Itu Aba, l'analyse très critique de M.H. NORDQUIST et W.G. PHALEN, *op. cit.* note 39. Pour une analyse – antérieure à la sentence – penchant plutôt en faveur de la qualification

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

fonction d'éléments complexes dont l'établissement et l'appréciation dépassent pour l'essentiel les compétences d'un juriste – mais uniquement de s'interroger sur le point de départ du raisonnement, à savoir l'interprétation donnée par les arbitres du paragraphe 3 de l'article 121 CNUDM. De fait, il est permis de ne pas se déclarer convaincu par celle-ci tant elle est faussée par une approche téléologique marquée[121], se traduisant par le choix d'options interprétatives contestables.

*

Suivant d'assez près l'argumentation présentée par les Philippines[122] et se référant à la convention de Vienne sur le droit des traités[123], le tribunal procède en trois temps : il livre d'abord sa lecture des termes de la disposition en cause qu'il analyse segment par segment, puis il se penche sur son contexte ainsi que sur l'objet et le but de la convention de 1982, et enfin il en vient aux travaux préparatoires. Une fois ces étapes franchies, le tribunal parvient à ses « conclusions » sur l'interprétation du paragraphe 3. Il écarte ensuite l'examen de la pratique des Etats telle que visée à l'article 31, par. 3, de la convention de Vienne en prenant prétexte du seuil élevé qui, selon lui, serait exigé – d'après la jurisprudence de la C.I.J. et de l'Organe d'appel de l'O.M.C. – « *for accepting an agreement on the interpretation by State practice* »[124] et en notant que, « *as far as the case before it is concerned, there is no evidence for an agreement based upon State practice on the interpretation of Article 121(3) which differs from the interpretation of the Tribunal as outlined in the previous Sections* »[125].

Sachant que la conviction de l'interprète résulte généralement de l'agrégation d'éléments qui seront ensuite seulement formellement réorganisés selon la hiérarchie établie par la convention de Vienne, on se permettra de ne pas suivre scrupuleusement le fil du raisonnement du tribunal afin de mettre dès l'abord en lumière certains errements.

---

comme rochers des formations des Spratleys, voir Marius GJETNES, « The Spratlys : are they rocks or islands ? », *Ocean Development and International Law*, vol. 32, 2001, pp. 191-204.

[121] Il est révélateur à cet égard que D. GUILFOYLE (*op. cit.* note 36, p. 63) ait pu avancer, à propos de l'interprétation donnée par le tribunal à la Convention de 1982, que « *[t]he reading is unapologetically one which rehabilitates the positions taken by developping states in UNCLOS negotiations and sees those positions as central to understanding the legislative "general will" enacted in the Convention*. »

[122] Celle-ci est résumée par le tribunal aux pp. 182-186, par. 410-422, de la sentence précitée note 32.

[123] Le Tribunal se réfère à la règle générale d'interprétation figurant à l'article 31 – et plus particulièrement à son paragraphe 1 (« Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but »), ainsi qu'à son paragraphe 3 (b) (« Il sera tenu compte, en même temps que du contexte : [...] b) De toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité ; [...] ») – ainsi qu'à l'article 32 visant les moyens complémentaires d'interprétation et notamment les travaux préparatoires. Sentence précitée note 32, p. 205, par. 476.

[124] Sentence précitée note 32, p. 231, par. 552.

[125] *Eod. loc.*, p. 232, par. 553.

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

Ainsi, on ne pourra que s'étonner que, face à une convention quasi universelle, le tribunal ait pris le parti d'ignorer la pratique des Etats parties. La formule employée est pour le moins ambiguë puisque le tribunal déclare qu'il n'existe pas de preuve d'un accord sur l'interprétation à donner de la disposition en cause fondé sur la pratique des Etats *pour autant qu'est concernée l'affaire devant lui*. Est-ce à dire que l'accord en cause aurait dû porter sur la qualification des formations marines en mer de Chine méridionale ? Dans ce cas, il est clair qu'il n'existe pas d'accord puisque les parties s'opposent précisément sur ce point. Mais une telle lecture ne saurait être retenue car le tribunal a placé son observation, non pas en regard de son analyse du statut des diverses îles de la région concernée, mais à la fin de l'analyse générale qu'il donne du paragraphe 3 de l'article 121 CNUDM. Or, s'attachant à préciser le sens qu'il convient de donner dans l'abstrait audit paragraphe, le tribunal aurait dû prendre en compte la pratique *générale* des Etats concernant la qualification d'une formation marine comme île ou rocher. En fait, l'obscurité de la formulation adoptée par le tribunal masque mal que, par un tour de passe-passe, il occulte fâcheusement une pratique internationale qui est loin de correspondre à sa propre interprétation de la disposition en cause.

Par ailleurs, évoquant le contexte ainsi que l'objet et le but de la convention de Montego Bay, le tribunal se livre à une lecture aventureuse et quelque peu orientée de cette dernière. Ainsi, n'hésite-t-il pas à dire qu'il « *understands the phrase "cannot sustain" to mean "cannot, without artificial addition, sustain*" »[126] car « *[t]he status of a feature must be assessed on the basis of its natural condition* »[127]. Pour justifier son interprétation, il rapproche l'article 13 relatif aux hauts-fonds découvrants de l'article 121, le premier mentionnant des « élévations naturelles de terrain » et le second une « étendue naturelle de terre », pour avancer que si un haut-fond ne pourrait être juridiquement transformé en île du fait de travaux de l'homme, de tels travaux ne pourraient non plus conduire à faire d'un rocher une « *fully entitled island* »[128]. L'argument est fragile, non seulement parce que le rapprochement entre les deux types de formations marines n'est pas justifié d'évidence (les articles concernés ont été négociés de manière distincte), mais surtout parce que le caractère naturel est associé dans les deux cas à la seule émergence au-dessus du niveau des mers. L'interprétation donnée par le tribunal conduit tout simplement à ajouter au paragraphe 3 de l'article 121 une condition qui n'y figure pas.

Le Tribunal examine également le lien entre l'article 121, paragraphe 3, et le but de la zone économique exclusive (ZEE). S'appuyant sur des déclarations antérieures à la III[e] Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer et sur deux positions exprimées au cours de cette dernière, le tribunal déclare que

[126] *Eod. loc*., p. 214, par. 509 (italiques ajoutées).
[127] *Eod. loc*., p. 214, par. 508.
[128] *Ibid*.

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

le but de la ZEE est d'étendre la juridiction des Etats sur les eaux adjacentes à leurs côtes et de préserver les ressources de ces eaux au bénéfice de la population de l'Etat côtier. Opérant un certain glissement, le tribunal en vient à évoquer la « population locale » avant que d'avancer qu'il convient de reconnaître le lien entre le critère de l'« habitation humaine » mentionnée au paragraphe 3 de l'article 121 et la population de l'Etat côtier au bénéfice de laquelle les ressources de la ZEE seraient à préserver. Il ajoute – de manière peu claire – que « *[t]his is not to suggest that the purpose of endowing an inhabited island with an exclusive economic zone would be narrowly intended to preserve the resources of the zone for the population of that island [; r]ather, it is that without human habitation (or an economic life), the link between a maritime feature and the people of the costal State becomes increasingly slight* »[129]. A partir de ces prémisses, le tribunal conclut que « *the human habitation which the drafters of Article 121(3) were concerned was the habitation by a portion of the population for whose benefit the exclusive economic zone was being introduced* »[130], ajoutant que, « *[t]aken together with notions of settlement and residence and the qualitative aspect inherent in the term habitation, it should be understood to refer to the habitation of a feature by a settled group or community for whom the feature is a home* »[131]. Il est difficile de suivre le tribunal dans son raisonnement. En premier lieu, on ne peut que remarquer que, pour parvenir à sa conclusion, il introduit des éléments totalement étrangers aux travaux préparatoires et à la disposition en cause, telles les notions d'établissement et de résidence ou encore la lecture « qualitative » de l'habitat. Ensuite, non seulement l'analyse repose sur une lecture par trop incomplète des travaux préparatoires – occultant complètement le fait que le texte de l'article 121 résulte d'un compromis entre ceux qui souhaitaient que toutes les îles reçoivent un traitement identique et ceux qui, à l'inverse, entendaient faire place à un régime différencié en fonction de divers critères –, mais elle semble également méconnaître la réalité des choses. En effet, les pêcheurs côtiers ne sont généralement pas ceux qui exploitent les ressources de la ZEE et ces dernières constituent en réalité une richesse pour l'Etat lui-même, qu'il pourra faire exploiter par des navires de son choix (battant pavillon national ou pas). Etablir un lien étroit entre la population d'une île et l'exploitation de la ZEE qu'elle génère relève donc d'un complet contresens.

Le tribunal consacre ensuite quelques développements assez partiels et sommaires aux travaux préparatoires[132] qui ne donnent pas une image véritablement fidèle des négociations dans la mesure où la présentation qui en est donnée occulte l'opposition de nombreux Etats au paragraphe 3 de l'article 121.

[129] *Eod. loc*., p. 217, par. 517.
[130] *Ibid*., p. 218, par. 520.
[131] *Idem*.
[132] *Eod. loc*., pp. 218-227, par. 521-538.

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

Ayant admis que la rédaction du paragraphe en cause résulte d'un compromis, le tribunal estime cependant que les travaux préparatoires ne constituent qu'un « *imperfect guide* »[133] dont il tire cependant trois conclusions. La première est que le paragraphe 3 constitue une disposition à but limitatif destinée à prévenir des empiètements sur le patrimoine commun de l'humanité et à éviter une distribution inéquitable des espaces marins sous juridiction nationale. La deuxième est que les éléments figurant dans ce paragraphe ne furent pas débattus de manière isolée mais souvent en relation avec d'autres aspects de la convention. Enfin, la troisième est qu'il n'a pas été possible de s'accorder sur des critères précis pour distinguer les îles des rochers et que, notamment, celui de la taille fut écarté.

S'il est vrai que ces travaux préparatoires ne sont pas des plus parlants, on ne peut que constater que le tribunal ne semble guère s'efforcer de restituer la dynamique ayant conduit à la rédaction de l'actuel paragraphe 3 de l'article 121. Ainsi, tout en admettant que ce dernier est le fruit d'un compromis entre ceux qui entendaient traiter les diverses îles de manière différenciée et ceux qui étaient attachés à un régime unique, le tribunal ne cherche pas à expliquer pour quelle raison le terme « rocher » a été employé plutôt que celui d'« île ». Dès lors, l'insistance du tribunal à écarter le critère de superficie ne convainc guère car on peut, à l'inverse, considérer que les négociateurs – certes, sans préciser de critères – se sont entendus pour limiter le régime dérogatoire inscrit au paragraphe 3 à des formations marines de dimensions très réduites. A l'appui de sa lecture, le tribunal cite – de manière incomplète – la Cour internationale de Justice qui, dans le *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, avait rappelé que « [l]e fait que QS 32 soit minuscule n'a aucune importance du point de vue juridique, le droit international ne fixant pas de dimension minimale pour qu'une formation maritime puisse être considérée comme une île »[134], mais il n'est pas nécessairement possible de soutenir l'inverse, à savoir qu'il n'y aurait pas de dimension maximale pour qu'une formation maritime puisse être traitée comme un rocher et non comme une île.

Avant que de livrer les considérations qui précèdent, le tribunal s'était prêté à une interprétation littérale du paragraphe 3 en le segmentant en six éléments (*rocks/cannot/sustain/human habitation/or/economic life of their own*), au risque de perdre le sens de la phrase dans son ensemble[135]. Pour ce faire, il se référa exclusivement au texte anglais – méconnaissant ainsi l'article 33, par. 4, de la convention de Vienne de 1969 appelant à un conciliation entre les textes authentiques – et à deux dictionnaires anglais (l'*Oxford English Dictionary* et le *Shorter Oxford English Dictionary*).

[133] *Eod. loc*., p. 223, par. 534.
[134] *Eod. loc*., p. 227, par. 538. Le tribunal ne cite que la deuxième partie (générale) de la phrase et il omet la première qui mentionne le caractère minuscule de QS 32. Voir l'arrêt du 19 novembre 2012, *C.I.J. Recueil 2012*, p. 645, par. 37.
[135] Voir, dans le même sens, C. WHOMERSLEY, *op. cit*. note 33, p. 400.

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

Pour le tribunal, le terme « rocher » ne doit pas être entendu au sens géologique car cela conduirait à un résultat absurde, une protubérance moins stable et permanente se voyant ainsi exclue du jeu de l'exception visée au paragraphe 3[136]. De plus, il estime que le nom donné à la formation marine est sans influence sur sa qualification juridique. Sans doute peut-on suivre le tribunal sur cette voie mais il aurait été néanmoins souhaitable que la conclusion soit mieux étayée par une analyse comparative des autres versions linguistiques officielles de la convention. De plus, il aurait été indispensable que le tribunal s'interrogeât sur le lien entre la taille de l'émergence et l'éventuelle qualification en tant que « rocher »[137], plutôt que d'occulter totalement cet élément[138].

Le tribunal examine séparément les termes « *cannot* » et « *sustain* » pour en conclure qu'il ne faut pas rechercher si la formation marine fait effectivement l'objet d'une habitation humaine ou d'une vie économique mais plutôt si elle est objectivement apte à ce faire. Mais, curieusement et de manière quelque peu contradictoire, il laisse ouvert le recours à des « preuves historiques » qui pourraient, selon lui, conduire à répondre à cette interrogation. Interprétant le terme « *sustain* » – toujours à l'aide de l'*Oxford English Dictionary* –, le tribunal considère qu'il comporte trois éléments : « *the concept of the support and provision of essentials* », qui « *must be over a period of time and not one-off or short-lived* », et selon un « *proper standard* ». Appliqué à l'habitation humaine, cela conduirait « *to provide that which is necessary to keep human alive and healthy over a continuous period of time, according to a proper standard* », et, pour ce qui est de la vie économique « *to provide that which is necessary not just to commence, but also to continue, an activity over a period*

[136] Le tribunal s'appuie sur une définition donnée par l'*Oxford English Dictionary* (qu'il cite, au demeurant, de manière tronquée) et il sollicite quelque peu l'arrêt de la C.I.J. du 19 novembre 2012 dans l'affaire du *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)* où il est dit que « [l]e droit international définit une île comme une "étendue naturelle" qui reste "découverte à marée haute", et ce, indépendamment de tout critère géologique », ajoutant que « [l]e fait que la formation [QS 32, l'une des formations de Quitasueño] soit composée de coraux n'a pas d'importance » (*C.I.J. Recueil 2012*, p. 645, par. 37). Or, la Cour n'a pas fait de lien entre cette composition corallienne et la qualification même de rocher puisqu'elle se contente d'observer que ce sont les parties elles-mêmes qui ont reconnu QS 32 comme tel (*eod. loc*., p. 693, par. 183). Sur ce point, voir également A.G. OUDE ELFERINK, *op. cit*. note 36.

[137] A titre d'exemple, on signalera que le *Dictionnaire de la langue française* d'Emile LITTRÉ définit un rocher, en termes de marine, comme un « petit îlot », tandis que le *Trésor de la langue française informatisé* se réfère à une « masse de pierre, petit îlot qui s'élève au-dessus du niveau de la mer ». Quant au Bureau des affaires maritimes et du droit de la mer de l'O.N.U., tout en précisant que la Convention de Montego Bay n'a pas donné de définition du terme, il définissait le rocher comme une « formation géologique massive de dimensions limitées » dans son *Glossaire récapitulatif de termes et expressions techniques employés par la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer* (*Le droit de la mer. Lignes de base : examen des dispositions relatives aux lignes de base dans la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer*, New York, Nations Unies [Division des affaires maritimes et du droit de la mer], 1989, p. 69).

[138] Pour ne citer que quelques auteurs, D. ANDERSON parlait, à propos de cette disposition, d'une « *narrow exception, applying to those very small islands which are isolated from a mainland or a larger island* » (« Islands and rocks... », *op. cit*. note 4, p. 313). Quant à J.I. CHARNEY, il se réfère à d'« *insignificant features* » (*op. cit*. note 4, p. 864).

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

of time in a way that remains viable on an ongoing basis »[139]. Il est difficile de suivre le tribunal dans une interprétation qui, non seulement ne peut être transposée au texte français – qui donne « ne se prête pas » pour « *cannot sustain* » –, mais qui présente surtout le défaut majeur de reposer sur des extrapolations très éloignées du texte de la disposition examinée dont on peut fortement douter qu'elles aient jamais été dans l'esprit des participants à la négociation de la convention. Aller aussi loin que le fait le tribunal conduit non plus à interpréter mais à réécrire le texte, ce qui ne saurait être le rôle de l'interprète.

On doit en dire autant de l'interprétation donnée de « *human habitation* » et de « *economic life of their own* ». S'appuyant toujours exclusivement sur les dictionnaires d'Oxford, le tribunal livre une interprétation pour le moins créative qui ne coïncide guère avec la version française du texte. Pour lui, « *the term habitation implies a non-transient presence of persons who have chosen to stay and reside on the feature in a settled manner* »[140] – plus précisément la présence d'un « *group or community of persons* »[141] –, ce qui implique au minimum la capacité « *to support, maintain and provide food, drink, and shelter to some humans to enable them to reside there permanently or habitually over an extended period of time* »[142]. Quant à la « vie économique propre », elle ne pourrait reposer sur la simple présence de ressources mais elle impliquerait, selon le tribunal, une activité économique régulière (*ongoing*) qui ferait que la formation marine aurait la capacité de connaître « *an independant economic life, without relying predominantly on the infusion of outside resources or serving purely as an object for extractive activities, without the involvement of a local population* »[143]. Plus encore, « *the resources which the economic activity revolves must be local, not imported, as must be the benefit of such activity* »[144], ce qui conduit à exclure « *purely extractive economic activities, which accrue no benefit for the feature or its population* »[145]. S'agissant de l'activité dans les espaces marins, le tribunal exclut celles liées à la zone économique exclusive et au plateau continental[146] et ne retient que celle qui prend place dans la mer territoriale « *provided that it is somehow linked to the feature itself, whether*

[139] Sentence précitée note 32, pp. 207-208, par. 487.
[140] *Eod. loc*., p. 208, par. 489.
[141] *Eod. loc*., p. 208, par. 491.
[142] *Eod. loc*., p. 208, par. 490.
[143] *Eod. loc*., p. 211, par. 500.
[144] *Eod. loc*., p. 212, par. 500.
[145] *Ibid*.
[146] Le tribunal estime que dire autrement serait circulaire et absurde étant donné que l'objet même de la disposition en cause est de déterminer à quelles conditions une formation marine pourrait prétendre à une Z.E.E. et à un plateau continental (*eod. loc*., p. 212, par. 502). Cette logique ne s'impose toutefois pas d'évidence car une telle formation pourrait avoir développé une « vie économique propre » grâce à des activités conduites au-delà de sa mer territoriale – donc en haute mer (avant l'apparition du concept de Z.E.E.) –, c'est-à-dire dans un espace de liberté.

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

through a local population or otherwise »[147]. On ne peut que relever le caractère extrêmement spéculatif de l'interprétation que livre ainsi le tribunal. De fait, il accorde aux termes employés par la convention des significations qui ne reposent sur aucun autre élément que ses propres présupposés[148], allant ainsi largement au-delà de ce que l'on pourrait y entendre en se fiant à la disposition telle qu'elle est rédigée. En l'absence du moindre élément permettant d'inférer une volonté des parties à la convention de 1982 d'aller dans le sens avancé par le tribunal, la démarche de ce dernier est pour le moins téméraire.

Une même critique peut être opposée à la lecture que donne le tribunal de la conjonction de coordination « ou » (« à l'habitation humaine *ou* à une vie économique propre »). Rejetant la thèse des Philippines selon laquelle la conjonction devrait recevoir une signification cumulative, le tribunal – opposant logique formelle et usage linguistique – constate que le terme « ou » doit être entendu comme introduisant une condition alternative. On pourrait être satisfait de cette conclusion – dont le premier mérite est de correspondre au sens ordinaire du mot – si le tribunal ne poursuivait pas en sens contraire. Il observe, en effet, qu'une « *economic activity is carried out by humans and that humans will rarely inhabit areas where no economic activity or livelihood is possible* », et d'ajouter « *[t]he two concepts are thus linked in practical terms, regardless of the grammatical construction of Article 121(3)* »[149]. Par suite, comme on l'a vu ci-avant, le tribunal lie la « vie économique propre » à l'existence d'une population locale, ce qui revient à additionner les deux éléments plutôt qu'à les considérer comme présentant un caractère alternatif. Le tribunal est donc conduit à faire comme si le principe était celui de la jonction des deux éléments, leur dissociation n'étant qu'exceptionnelle (« *the text remains open to the possibility... »*[150], dit-il), notamment lorsque *« multiple islands are used in concert to sustain a traditional way of life, as described by the delegate of Micronesia during the Third UN Conference* »[151]. L'approche du tribunal est particulièrement surprenante (et contestable) : ayant donné une interprétation générale des termes « vie économique propre » ne reposant en réalité ni sur les termes même employés ni sur les travaux préparatoires, il fait mine d'inventer une exception en la faisant découler d'une seule et unique intervention faite pendant la conférence de négociation, intervention qu'il isole de son contexte général puisque la Micronésie s'était exprimée avec les Etats opposés à

[147] Sentence précitée note 32, p. 212, par. 503.
[148] M.H. NORDQUIST et W.G. PHALEN parlent de « *discretionary input* » et de « *self-injected criteria* » (*op. cit*. note 39, pp. 5-6).
[149] Sentence précitée note 29, p. 210, par. 497.
[150] *Ibid*.
[151] *Ibid*. Pour l'intervention de la Micronésie, voir *supra* note 61.

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

l'inclusion d'un quelconque traitement différencié entre les îles. L'interprétation se fait ici réinvention[152].

Le tribunal tire quatre conclusions de l'examen textuel du paragraphe 3 de l'article 121 CNUDM[153] qu'il confronte ensuite à son examen du contexte et de l'objet et du but de la convention ainsi que des travaux préparatoires avant que de parvenir à ses neuf conclusions sur l'interprétation à donner de la disposition en cause. Ainsi, en résumé, *a)* la composition géologique et géomorphologique de la formation marine est sans importance ; *b)* il faut tenir compte de sa capacité naturelle à se prêter à l'habitation humaine ou à une vie économique propre ; *c)* l'habitation humaine vise une communauté stable pour laquelle la formation marine constitue un chez-soi et où elle peut demeurer ; *d)* la vie économique propre doit être normalement entendue comme la vie et les moyens d'existence de la population humaine habitant et faisant son chez-soi sur la formation marine ou un groupe de telles formations ; *e)* les conditions doivent être lues de manière disjonctive mais, sur un plan pratique, la formation marine n'aura ordinairement de vie économique propre que si elle est également habitée par une communauté humaine stable (exception faite du cas où les populations subsistent grâce à un réseau de formations marines apparentées) ; *f)* la capacité de la formation marine à remplir les conditions constitue un critère objectif et est déconnectée de la question de la souveraineté ; *g)* bien que des facteurs aient été identifiés (eau, nourriture, abris, climat...), il ne saurait y avoir de test abstrait de cette capacité et elle doit être établie au cas par cas ; *h)* la capacité d'une formation marine doit être établie en tenant dûment compte de la potentialité pour un groupe de petites îles de se prêter collectivement à l'habitation humaine et à une vie économique ; enfin, *i)* l'examen objectif des caractéristiques physiques de la formation devrait normalement suffire à la classer dans l'une ou l'autre des catégories (île ou rocher) mais, lorsque ces éléments ne permettent pas de distinguer où se termine une simple capacité de maintenir des personnes en vie et où commence la capacité à se prêter à l'habitation par une communauté humaine (ou à déterminer l'existence d'une vie économique), il faudra se référer à l'usage historique qui a été faite de la formation marine, et notamment si une présence humaine ou la vie économique y était fortement dépendante d'un soutien externe[154].

[152] Sur cette base, le tribunal s'autorisera à examiner la situation des îles Spratleys dans leur ensemble – y compris nombre de formations non visées dans les demandes des Philippines, dont notamment Itu Aba (contrôlée par la République de Chine) – ne considérant pas que l'article 121, par. 3, « *can or should be applied in a strictly atomised fashion* » (sentence précitée note 32, p. 236, par. 572).

[153] Sentence précitée note 32, pp. 212-213, par. 504.

[154] Sean D. MURPHY relève à juste titre que – outre le fait qu'en ignorant la composition géologique ou géomorphologique ainsi que la superficie, le tribunal fait perdre toute signification au terme « rocher » – il « *seems to impose a burden of proving that an island does not fall within Article 121, paragraph 3, rather than the other way around* », ajoutant qu'il semble également « *leave little room for an island, over time, acquiring or losing the attributes that place it in one category or another* » (« International law relating to islands », *Recueil des cours de l'Académie de droit international,* vol. 386, 2016, pp. 74-75).

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

*

La simple lecture des « conclusions » auxquelles est parvenu le tribunal montre à quel point ce dernier s'est éloigné du texte même dont il entendait donner une interprétation, entreprenant ainsi « *to override the compromise in the text and the agreement in the Third Conference negotiations* »[155]. Plutôt que de s'en tenir à l'application d'une disposition conventionnelle, certes peu explicite mais pour laquelle le recours au sens ordinaire des termes aurait vraisemblablement été suffisant pour qualifier de rocher les formations marines visées par les Philippines, le tribunal a préféré faire place à une ambition quelque peu prométhéenne en se substituant aux négociateurs de la convention de 1982 et en proposant une lecture générale et déformée du paragraphe 3 de l'article 121 CNUDM. Or, comme le notent M.H. Nordquist et W.G. Phalen, « *[w]hat was selected and approved in Article 121 is admittedly flawed text in the sense that deliberately ambiguous wording was included* » mais, « *nevertheless, this deliberately ambiguous compromise text itself is what governs under international law because this was the text language finally agreed upon and adopted by the sovereign States now Party to the 1982 Convention* »[156]. Ce faisant, le tribunal a outrepassé son office puisque, paraphrasant la Cour internationale de Justice, on doit admettre qu'un arbitre est appelé à interpréter les traités, non à les réviser[157].

En cherchant à dégager des critères éloignés du texte de compromis inscrit dans la convention de Montego Bay, le tribunal a méconnu la double dynamique ayant présidé à sa longue négociation. S'il est vrai que certains ont eu souci de préserver un patrimoine commun de l'humanité *in statu nascendi*, tous – si ce n'est, pour partie, les Etats enclavés ou géographiquement désavantagés – ont adhéré au vaste mouvement d'appropriation de nouveaux espaces marins et d'expansion des emprises nationales sur les mers et les océans. Dès lors, privilégier des interprétations restrictives au regard des droits des Etats côtiers relève d'une lecture téléologique univoque qui ne fait pas droit à la réalité.

[155] M.H. NORDQUIST and W.G. PHALEN, *op. cit.* note 39, p. 32. Quant à H. DIPLA, elle observe que « le Tribunal a adopté une interprétation très stricte des conditions qu'une formation insulaire doit remplir pour être qualifiée d'île en vertu du paragraphe 2 de l'article 121, au lieu de faire l'inverse, révéler les critères prévus par la disposition d'exception du paragraphe 3 pour qu'un rocher ne puisse pas engendrer de ZEE/PC. Ainsi le compromis atteint pendant la négociation de la Troisième Conférence sur le droit de la mer semble être rompu aujourd'hui, par une interprétation qui hausse la barrière aux conditions du paragraphe 3, en introduisant des éléments absents du texte, ce qui revient à réécrire et non pas à interpréter l'article 121 » (*op. cit*. note 36, p. 153).

[156] M.H. NORDQUIST and W.G. PHALEN, *op. cit*. note 39, p. 65. De son côté, S. KARAGIANNIS, avait noté que « les éléments mis à la disposition de l'interprète demeurent particulièrement insuffisants pour cerner la notion de rocher [mais que c']est probablement cette insuffisance définitionnelle qui a pourtant pu satisfaire les délégations » (*op. cit*. note 4, p. 569).

[157] Avis consultatif du 18 juillet 1950, *Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie (deuxième phase)*, *C.I.J. Recueil 1950*, p. 229.

© Editions A. Pedone

Ainsi, on ne peut manquer d'observer que, se croyant autorisé à faire œuvre de législacteur et en proposant des « conclusions » pour le moins originales[158], le tribunal a procédé à une lecture particulièrement sélective des travaux préparatoires, n'accordant notamment pas le poids qu'elles auraient mérité aux interventions des nombreux Etats qui se sont constamment opposés à l'introduction d'une différenciation entre les îles.

Les critères avancés par le tribunal posent, par ailleurs, nombre de nouveaux problèmes. A quel moment faut-il se placer pour apprécier une situation (dans un passé indéterminé ? au jour de la naissance du différend ?) ? Combien de personnes faut-il pour constituer une communauté ? Que doit-on entendre sous l'exigence de stabilité de ladite communauté ? Quel est exactement le « standard » de vie requis (supposé au-delà d'une simple possibilité de survie) ? Quelle peut être l'origine de l'eau douce disponible (souterraine ? pluie ? désalinisation ?) ? On pourrait multiplier les interrogations qui laissent augurer bien des difficultés si l'on devait mettre en œuvre les critères ainsi dégagés par le tribunal pour effectuer l'examen au cas par cas qu'il appelle. Au demeurant, le tribunal semble s'être lui-même contredit lorsque, après avoir affirmé le caractère objectif des critères, il s'est livré à un examen essentiellement historique au regard des Spratleys[159].

Le grief le plus important que l'on puisse cependant faire à l'interprétation donnée par le tribunal de l'article 121 est d'être en complète déconnection avec la pratique internationale. Celle-ci montre, en effet, que les Etats considèrent comme étant des îles des formations marines ne répondant pas aux critères dégagés par la présente sentence arbitrale. De fait, si le tribunal se plait à faire mention de l'opposition de la Chine, devant la Commission des limites du plateau continental (CLPC), à ce que la petite formation japonaise d'Okinotorishima soit traitée comme une île[160], il ne fait état d'aucune autre protestation à ce même propos[161]. De même, la renonciation par le Royaume-Uni à une ZEE autour de Rockall, mise en avant par les Philippines[162], ne constitue qu'un comportement totalement isolé au regard de formations marines pouvant présenter des caractéristiques analogues.

---

[158] Dans sa réfutation de la sentence, la Chinese Society of International Law, parle de « *judicial activism* » (*op. cit.* note 38, p. 541). Plus délicatement, R. LE BŒUF évoque un « colossal effort argumentatif » et des « subtilités confinant trop souvent à l'artifice » (*op. cit.* note 36, p. 181).

[159] Sentence précitée note 32, pp. 237-254, par. 577-626.

[160] *Eod. loc.*, pp. 197-199, par. 451-458. Voir les notes adressées par la Chine à la CLPC les 6 février 2009 (CML/2/2009), 24 août 2009 (CML/31/2009) et 3 août 2011 (CML/59/2011), ainsi que les réponses du Japon des 25 mars 2009 (SC/09/108), 26 août 2009 (PM/09/735), 9 août 2011 (SC/11/233), 15 août 2011 (SC/11/239) et 9 avril 2012 (PM/12/078).

[161] Un seul État, la République de Corée, s'est joint à la Chine sur ce point. Voir ses notes adressées à la CLPC les 27 février 2009 (MUN/046/09) et 11 août 2011 (MUN/230/11).

[162] Sentence précitée note 32, p. 184, par. 419.

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

Or, nombreux sont les Etats qui, sans se heurter à des protestations internationales, ont pu s'appuyer sur des formations marines ne satisfaisant vraisemblablement pas aux critères posés par la sentence de 2016 pour revendiquer ou étendre une zone économique exclusive ou un plateau continental. Sans chercher à être exhaustif on peut mentionner l'Afrique du Sud avec Prince Edward Islands, l'Australie avec Heard Island et McDonald Islands, Elizabeth et Middleton Reefs ainsi que Macquarie Island, le Brésil avec les Penados de São Pedro e São Paulo ainsi que Trindade et Martim Vaz, le Chili avec l'Isla Sala y Gómez et les Islas Desventuradas, le Costa Rica avec l'Isla Cocos, les Etats-Unis d'Amérique avec Howland and Baker Islands, Johnston Atoll, Jarvis Island, Kingman Reef, Palmyra Atoll et Wake Island, les Fidji avec Ceva-i-Ra, la France avec Clipperton, les îles Chesterfied, Crozet, les Kerguelen, les îles Eparses, Matthew et Hunter[163] ainsi que Saint Paul et Amsterdam, le Japon avec Minamitorishima[164], Kiribati avec McKean Island, le Mexique avec Clarión et Roca Partida, la Norvège avec Bouvet et Jan Mayen, la Nouvelle-Zélande avec Antipodes Islands, Auckland Islands, Bounty Islands, Campbell Island et Kermadec Islands, ou encore le Portugal avec Selvagens Ilhas[165]. Loin de révéler des prétentions qui seraient contraires au droit international, la multiplicité de ces situations n'ayant pas donné lieu à protestations des Etats tiers[166] montre clairement que le tribunal arbitral s'est placé en porte-à-faux par rapport au droit de la mer tel qu'il est actuellement en vigueur, annihilant ainsi la pertinence de ses analyses.

[163] Pour une analyse des conséquences d'une hypothétique application des critères posés par la sentence du 12 juillet 2016 dans le cadre du litige entre le Vanuatu et la France à propos des îles Matthew et Hunter, voir Lili SONG and Morsen MOSSES, « Revisiting ocean boundary disputes in the South Pacific in light of the South China Sea arbitration : a legal perspective », *Journal of Marine and Coastal Law*, vol. 33, 2018, pp. 768-798.

[164] Pour ce qui concerne Okinotorishima, voir *supra* notes 160 et 161. La distinction entre îles et rochers telle qu'établie par le Tribunal pourrait également avoir des effets dans le cadre du différend entre le Japon et la République de Corée à propos des rochers Liancourt (Dokdo pour les Coréens, Takeshima pour les Japonais) ; voir Seokwoo LEE and Leonardo BERNARD, « South China Sea arbitration and its application to Dokdo », *Asian Journal of International Law*, vol. 8, 2018, pp. 24-35.

[165] Pour plus de détails sur la pratique internationale, voir Yann-huei SONG, « U.S. practice regarding article 121(3) of UNCLOS and the South China Sea arbitration case », *Chinese (Taiwan) Yearbook of International Law and Affairs*, vol. 33, 2015, pp. 21-61, et, du même, « The July 2016 arbitral award, interpretation of article 121(3) of UNCLOS, and the selecting examples of inconsistent State practices », *Ocean Development and International Law*, vol. 49, 2018, pp. 247-261.

[166] À ce titre, il convient d'observer que lorsque les formations ici mentionnées ont été visées dans des demandes présentées à la CLPC, leur statut d'île n'a jamais été contesté par les États tiers (hormis pour ce qui est d'Okinotorishima), à une seule et modeste exception : l'Espagne a avancé que les Ilhas Selvagens devaient être considérées comme des rochers (note 186 FP/ot du 5 juillet 2013), ce à quoi le Portugal répondit que sa demande « *does not include in any part the natural prolongation of the land territory of Ilhas Selvagen due to their geographical location* » et que, par suite, elles « *are not, in any circumstance, reflected in the Portuguese submission to the Commission on the Limits of the Continental Shelf* » (note ONU/2013/153 du 6 septembre 2013).

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

Compte tenu des libertés prises avec le droit positif ainsi que des diverses failles dans le raisonnement des arbitres, on peut douter que la sentence arbitrale du 12 juillet 2016 soit amenée à faire jurisprudence[167], et ce d'autant moins qu'elle contredit indirectement plusieurs décisions de la Cour internationale de Justice et du Tribunal international du droit de la mer. Reste qu'elle pourrait néanmoins perturber les relations interétatiques en incitant certains Etats à contester des situations auxquelles ils avaient jusqu'à présent acquiescé. Et ce ne serait pas le moindre des paradoxes que cette sentence – qui n'aura pas véritablement contribué à régler les différends en mer de Chine méridionale[168] – soit à l'origine de nouveaux contentieux émergeant dans d'autres espaces marins et océaniques jusqu'à présent paisibles, donnant ainsi raison à ceux qui avaient constaté que l'article 121 de la convention de Montego Bay, et en particulier son paragraphe 3, « *in its present form appears to be a perfect receipe for confusion and conflict* »[169].

RÉSUMÉ

La sentence arbitrale du 12 juillet 2016 relative à la mer de Chine méridionale (*Philippines c. Chine*) se livre à un examen approfondi du paragraphe 3 de l'article 121 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer dans le but de répartir les formations insulaires de la zone concernée entre îles « de droit commun » et simples rochers. S'il est incontestable que ladite disposition – fruit d'un compromis diplomatique – est pour le moins obscure, l'interprétation donnée par le Tribunal ne peut emporter l'adhésion car, plutôt que d'interpréter le texte conventionnel, ce dernier prend la liberté de le réécrire tout en méconnaissant les travaux préparatoires et la pratique des Etats. Dès lors, on peut douter que cette interprétation soit de nature à faire jurisprudence.

[167] Voir *contra* S. FACCIO, *op. cit*. note 36, p. 635.
[168] Pour une mise en perspective politico-juridique de la situation en mer de Chine méridionale, on peut lire Lorenz LANGER, « The South China Sea as a challenge to international law and to international legal scholarship », *Berkeley Journal of International Law*, vol. 36, 2018, pp. 362-395. Si l'accession à la présidence des Philippines de Rodrigo Duterte, le 30 juin 2016, a pu sembler de nature à faire baisser les tensions bilatérales avec la Chine, l'étendue des ambitions de Pékin dans la zone dite des neuf traits ainsi que le nombre d'Etats concernés contribuent à maintenir de fortes potentialités conflictuelles.
[169] Edward D. BROWN, *The international law of the sea*, *vol. I : Introductory manual*, Aldershot, Dartmouth, 1994, p. 151.

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

ABSTRACT

The South China Sea arbitral award of 12 July 2016 (Philippines v. China) involved a thorough examination of article 121, paragraph 3, of the United Nations Convention on the Law of the Sea with a view to dividing the island formations in the area concerned between fully entitled islands and mere rocks. While it is indisputable that the said provision – the result of a diplomatic compromise – is obscure to say the least, the interpretation given by the Tribunal cannot be accepted because, rather than interpreting the Convention's text , the Tribunal takes the liberty of rewriting it while disregarding the *travaux préparatoires* and State practice. It is therefore doubtful whether this interpretation is of a precedent-setting nature.

RESUMEN

El laudo arbitral del 12 de julio de 2016 relativo al Mar de China Meridional (Filipinas c. China) implicó un examen exhaustivo del párrafo 3 del artículo 121 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar con el fin de dividir las formaciones insulares de la zona en cuestión entre islas « de derecho común » y simples rocas. Si bien es indiscutible que dicha disposición – resultado de un compromiso diplomático – es como minimo oscura, la interpretación otorgada por el Tribunal no puede ser aceptada en tanto, en lugar de interpretar el texto de la Convención, el Tribunal se toma la libertad de volver a redactarlo sin tener en cuenta los *travaux préparatoires* y la práctica de los Estados. Por lo tanto, es dudoso que esta interpretación pueda constituir un precedente.

© Editions A. Pedone

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

L'EXECUTION DE QASSEM SOLEIMANI ET SES SUITES : ASPECTS DE *JUS CONTRA BELLUM* ET DE *JUS IN BELLO*

Olivier CORTEN, François DUBUISSON,
Vaios KOUTROULIS et Anne LAGERWALL
Professeurs et professeure à l'Université libre de Bruxelles,
Centre de droit international ULB

Depuis le 3 janvier dernier, une étape décisive a été franchie dans le conflit larvé qui opposait les Etats-Unis, l'Iran, mais aussi l'Irak, sur le territoire duquel se multiplient des actions militaires dans un contexte de crise interne. L'exécution par les Etats-Unis de Qassem Soleimani, l'un des principaux dirigeants iraniens, a immédiatement été perçue comme mettant le feu aux poudres. En réaction, l'Iran a, comme ses autorités l'avaient annoncé, lancé une attaque contre deux bases militaires de la coalition internationale abritant des soldats des Etats-Unis sur le territoire irakien, dans la nuit du 7 au 8 janvier. Au-delà des aspects politiques de cette crise, et des liens qu'elle entretient avec d'autres événements, qu'ils soient plus anciens si on pense à l'invasion puis à l'occupation de l'Irak à partir de 2003, à la révolution iranienne de 1979 ou même au renversement du premier ministre iranien en 1953, ou qu'ils soient plus récents si on songe au retrait des Etats-Unis du traité multilatéral sur le nucléaire iranien passé avec l'Iran en 2015, que prévoit le droit international à ce sujet ?

Le 2 janvier dernier (heure locale), le Département de la défense des Etats-Unis d'Amérique a publié le communiqué suivant, pour justifier les frappes de drones qui ont causé la mort du général iranien Qassem Soleimani, ainsi que de l'irakien Abou Mehdi al-Mouhandis, le dirigeant des *Kataeb Hezbollah* et porte-parole des forces de mobilisation populaire (*Hachd al-Chaabi*), une coalition de milices chiites irakienne soutenues par l'Iran, et de huit autres personnes :

> « At the direction of the President, the U.S. military has taken decisive defensive action to protect U.S. personnel abroad by killing Qasem Soleimani, the head of the Islamic Revolutionary Guard Corps-Quds Force, a U.S.-designated Foreign Terrorist Organization. General Soleimani was actively developing plans to attack American diplomats and service members in Iraq and throughout the region. General Soleimani and his Quds Force were responsible for the deaths of hundreds of American and coalition service members and the wounding of thousands more. He had orchestrated attacks on coalition bases in Iraq over the last several months – including the attack on December 27th – culminating in the death and wounding of additional American

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

> and Iraqi personnel. General Soleimani also approved the attacks on the U.S. Embassy in Baghdad that took place this week. This strike was aimed at deterring future Iranian attack plans. The United States will continue to take all necessary action to protect our people and our interests wherever they are around the world »[1].

Le 8 janvier, une lettre a été envoyée au Conseil de sécurité, par laquelle les Etats-Unis justifiaient leurs frappes de la manière suivante :

> « Prises en riposte à une série d'attaques armées de gravité croissante que la République islamique d'Iran et les milices qu'elle soutient ont perpétrées ces derniers mois contre les forces et les intérêts des Etats-Unis au Moyen-Orient, ces mesures visaient à dissuader la République islamique d'Iran de mener ou d'appuyer d'autres attaques contre les Etats-Unis ou leurs intérêts, ainsi qu'à affaiblir la capacité d'attaque de la République islamique d'Iran et des milices soutenues par la Force Al-Quds du Corps des gardiens de la révolution islamique. Une opération a notamment été menée le 2 janvier 2020 contre des éléments du commandement de la Force Al-Quds du Corps des gardiens de la révolution islamique de l'Iran sur le territoire iraquien. Les Etats-Unis sont prêts à prendre de nouvelles mesures dans la région, selon que de besoin, afin de continuer à protéger leur personnel et leurs intérêts »[2].

Ces frappes ont suscité des réactions contrastées. Plusieurs Etats de l'OTAN ont manifesté leur appui aux Etats-Unis, tandis que l'Iran, la Syrie[3], l'Irak, la Chine et la Russie[4] ont qualifié l'action d'illégale. D'autres ont appelé les parties au calme et à la retenue, craignant une escalade de la violence dans la région[5].

Au vu des prises de position qui ont été publiées sur Internet dans les heures et jours qui ont suivi cette opération, il semble que les spécialistes de droit international aient considéré que l'action militaire des Etats-Unis était illicite, que ce soit au regard de l'interdiction du recours à la force (*jus contra bellum*), voire du droit international humanitaire (*jus in bello*) et des droits humains. On peut évoquer en ce sens Mary Ellen O'Connell[6], Marko Milanovic[7], Dapo

[1] Statement by the Department of Defense, 2 janvier 2020, https://www.defense.gov/Newsroom/Releases/Release/Article/2049534/statement-by-the-department-of-defense/.
[2] Lettre datée du 8 janvier 2020, adressée au Président du Conseil de sécurité par la Représentante permanente des Etats-Unis d'Amérique auprès de l'Organisation des Nations Unies, S/2020/20, 9 janvier 2020.
[3] « Syria condemns killing of Iran's Soleimani », *Reuters*, https://www.reuters.com/article/us-iraq-security-blast-syria-idUSKBN1Z20HL.
[4] « Russia Says Iran General's Killing 'Illegal' », *Forbes*, https://www.forbes.com/sites/kenrapoza/2020/01/03/russia-says-iran-generals-killing-illegal/#312ae868ba63.
[5] Pour un aperçu des positions des Etats sur ce point, voir « Compilation of States' reactions to U.S. and Iranian Uses of Force in Iraq in January 2020 », 22 janvier 2020, https://www.justsecurity.org/68173/compilation-of-states-reactions-to-u-s-and-iranian-uses-of-force-in-iraq-in-january-2020/#StateReactIranStrike ;
https://en.wikipedia.org/wiki/Reactions_to_the_2020_Baghdad_International_Airport_airstrike.
[6] Mary Ellen O'CONNELL, « The Killing of Soleimani and International Law », *EJIL : Talk !*, 6 janvier 2020, https://www.ejiltalk.org/the-killing-of-soleimani-and-international-law/?fbclid=IwAR3zRXtyYlUr9W7VDLIDZJDK419WjADuGyQnX5CUAljri7q1YnzhoLPLerY).
[7] Marko MILANOVIC, « The Soleimani Strike and Self-Defence Against an Imminent Armed Attack », *EJIL : Talk !*, 7 janvier 2020, https://www.ejiltalk.org/the-soleimani-strike-and-self-defence-against-an-imminent-armed-attack/?fbclid=IwAR31grqjxEQU1vXq4_7EpsM0RntWeXcQ5esMByVqFzy8s-MCBprvH2v8-Aw.

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

Akande et Ralph Wilde[8], Oona Hathaway[9], Agnès Callamard, rapporteuse spéciale de l'ONU sur les exécutions extra judiciaires[10], Alonso Gurmendi[11], Adil Hamad Aque[12], Stéphane Rials[13], Leila Sadat[14] ou encore Patryck I. Labuda[15].

Les analyses faites ne couvrant cependant pas tous les aspects des questions juridiques que cette crise soulève, il peut être intéressant d'en approfondir certains, en partant des différents volets de l'argumentation des Etats-Unis tels qu'ils ressortent des documents mentionnés plus haut. Ces documents renvoient à trois arguments qui seront analysés successivement : l'action militaire du 3 janvier se présente comme une action menée en légitime défense, comportant à la fois une dimension réactive et une dimension préventive. On évaluera dans un premier temps la validité des justifications avancées par les Etats-Unis à cet égard (I). On se demandera ensuite si l'action militaire iranienne menée dans la nuit du 7 au 8 janvier contre les deux bases militaires situées sur le territoire irakien est elle-même conforme au droit international et, plus précisément, si elle peut se justifier en vertu du droit de légitime défense dont se prévaut l'Iran (II). Dans un dernier temps, au-delà des règles relatives à l'usage de la force qui seront au centre de notre analyse, on se penchera sur les modalités des opérations en cause, en vérifiant si elles sont conformes aux prescrits du droit international humanitaire et des droits humains (III). Pour analyser chacune de ces questions, on prendra en compte non seulement les relations entre les Etats-Unis et l'Iran, principaux protagonistes du conflit, mais aussi l'implication de l'Irak, dont le territoire a été bombardé et plusieurs ressortissants ont péri à la suite des actions militaires décidées depuis Washington et Téhéran.

---

[8] BBC News, « Soleimani attack: What does international law say ? », 7 janvier 2020, https://www.bbc.com/news/world-51007961?fbclid=IwAR3dix40To-pybfHXC3AgNEdRYiUBLnNHzTkBKtqnC5o3Gor1SAZYECh1oo.

[9] Japan Times, « A question of laws: Was U.S. killing of Iran's Soleimani self-defense or assassination ? », 4 janvier 2020, https://www.japantimes.co.jp/news/2020/01/04/world/question-laws-u-s-killing-irans-soleimani-self-defense-assassination/#.Xjv2_xdCfOR.

[10] Agnès CALLAMARD, « The Targeted Killing of General Soleimani: Its Lawfulness and Why It Matters », *Just Security*, 8 janvier 2020, https://www.justsecurity.org/67949/the-targeted-killing-of-general-soleimani-its-lawfulness-and-why-it-matters/.

[11] Alonso GURMENDI, « Raising Questions on Targeted Killings as First Strikes in IACs », *OpinioJuris*, 9 janvier 2020, http://opiniojuris.org/2020/01/09/raising-questions-on-targeted-killings-as-first-strikes-in-iacs/?fbclid=IwAR3oMJLsJdjg5zhTozngbUlK8ViXXO2saChRW2FbabS67b8JzyLsYwMLs5A.

[12] Adil Hamad AQUE, « U.S. Legal Defense of the Soleimani Strike at the United Nations: A Critical Assessment », *Just Security*, 10 janvier 2020, https://www.justsecurity.org/68008/u-s-legal-defense-of-the-soleimani-strike-at-the-united-nations-a-critical-assessment/?fbclid=IwAR3g0RuvZ_fEX7qEmYjkrJbYlfL_cR2S-SSWz77BHAUyrgB-9NGn4SlC-iU).

[13] RT France, « Interdit d'interdire : USA - Iran : la guerre est-elle déclarée ? », 9 janvier 2020, https://francais.rt.com/magazines/interdit-d-interdire/69993-iran-usa-la-guerre-est-elle-declaree?fbclid=IwAR1GVKYYX3R9nTHmeTJCrYY_drjS4K1Krzpm3Zemvm6oMoYsz0eSl1xDHns.

[14] « WashU Expert: Soleimani killing likely unlawful », *The Source*, 7 janvier 2020, https://source.wustl.edu/2020/01/washu-expert-soleimani-killing-not-legal/.

[15] Patryck I. LABUDA, « The Killing of Soleimani, the Use of Force against Iraq and Overlooked Ius *Ad Bellum* Questions », *EJIL : Talk !*, 13 janvier 2020, https://www.ejiltalk.org/the-killing-of-soleimani-the-use-of-force-against-iraq-and-overlooked-ius-ad-bellum-questions/?fbclid=IwAR22CyMwDDv9zRUNJSdiN8dWMyEUJVd-H5xa3T9ddKA_r3naToVvNLICCc0.

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

Avant de développer notre argument, une précision méthodologique s'impose. Comme on le constatera, un certain nombre des questions que nous traiterons dans le cadre de cette étude soulèvent des controverses de type purement factuel, renvoyant à l'existence, aux modalités ou à l'ampleur d'incidents qui ont opposé les protagonistes, ou à l'attribution de certains actes à l'un ou l'autre Etat. Pour opérer notre raisonnement, nous nous appuierons sur les sources actuellement disponibles, lesquelles proviennent tantôt des Etats impliqués eux-mêmes, tantôt de sources d'ordre journalistique. En l'absence d'autres éléments, nous ne pourrons ainsi que formuler des hypothèses, sans prétendre juger de manière définitive l'action des Etats concernés. Il s'agira ici avant tout de se prononcer sur la validité des arguments juridiques avancés, que ce soit au regard du *jus contra bellum* ou du droit international humanitaire et des droits humains.

I. L'ATTAQUE MENÉE PAR LES ETATS-UNIS : UN EXERCICE DU DROIT DE LÉGITIME DÉFENSE ?

L'opération militaire menée le 3 janvier est justifiée par les Etats-Unis comme constituant une action menée en légitime défense, à la fois en riposte à une attaque de l'ambassade des Etats-Unis du 31 décembre 2019 (A), à une série d'attaques antérieures (B), et en tant que mesure de prévention visant à empêcher de futures attaques (C). Ces trois volets de l'argumentation des Etats-Unis seront examinés successivement, pour déterminer dans quelle mesure ils peuvent fonder la licéité de cette opération.

A. L'opération militaire du 3 janvier 2020, une riposte à l'attaque de l'ambassade des Etats-Unis ?

Le 31 décembre 2019, des milliers de partisans du *Hachd Al-Chaabi* ont forcé l'entrée de l'ambassade des Etats-Unis. La plupart d'entre eux assistaient auparavant aux funérailles de leurs 25 camarades d'armes tués lors d'une précédente action militaire des Etats-Unis menée contre des bases du *Kataeb Hezbollah*, l'une des milices chiites irakiennes soutenues par l'Iran et membres du *Hachd Al-Chaabi*. Selon plusieurs observateurs de l'AFP, les forces de sécurité irakiennes n'auraient rien fait pour empêcher les manifestants d'entrer dans la « zone verte » sécurisée de Bagdad, dans laquelle est située l'ambassade des Etats-Unis[16]. Les manifestants ont alors investi le vestibule, brûlé des installations de sécurité, arraché des caméras de surveillance, jeté des pierres sur les tourelles des gardes de l'ambassade et couvert les vitres blindées des drapeaux du *Hachd Al-Chaabi* et du *Kataeb Hezbollah*. Finalement, ils ont reflué devant le déploiement des forces de sécurité irakienne. L'action a causé

[16] Le Monde, « "Mort à l'Amérique" : des manifestants attaquent l'ambassade américaine à Bagdad après des raids », *Le Monde.fr*, 31 décembre 2019.

© Editions A. Pedone

quelques dégâts matériels et des manifestants ont été touchés par des grenades lacrymogènes lancées par des soldats étatsuniens protégeant l'ambassade, mais aucune victime n'a été rapportée[17]. Le président Trump a accusé l'Iran d'avoir orchestré ces incidents. Il a ensuite explicitement menacé ce pays : « [i]ls paieront le prix fort ! »[18].

Il est difficile, si pas impossible, de justifier les frappes lancées le 3 janvier en les présentant comme des mesures de légitime défense en riposte aux incidents ayant visé l'ambassade. De tels incidents ne peuvent en aucun cas être qualifiés d'« agression armée » qui, seule, permet qu'on y réagisse en légitime défense au sens de l'article 51 de la Charte des Nations Unies.

La question se pose de manière différente selon que l'on envisage l'attaque comme la riposte à une agression perpétrée par l'Iran, ou à une agression armée par l'Irak. Dans le premier cas, il faudrait démontrer que les manifestants étaient des organes de fait de l'Etat iranien, ou ont agi sous le « contrôle effectif » de celui-ci, ce qui paraît plutôt problématique, comme on le montrera ci-dessous. Dans le second, il s'agirait de prétendre que l'Etat irakien n'a pas rempli l'obligation qui lui incombe de prendre toutes les mesures en son pouvoir pour empêcher que des dommages ne soient causés à l'ambassade des Etats-Unis située sur son territoire : « we expect Iraq to use its forces to protect the Embassy, and so notified », a d'ailleurs tweeté Donald Trump le jour des événements[19]. L'article 22 § 2 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques et consulaires de 1961 prévoit clairement une telle obligation et la Cour internationale de Justice a eu l'occasion de la rappeler dans l'affaire du *Personnel diplomatique des Etats-Unis à Téhéran*, en 1980 lorsqu'elle a jugé notamment que l'Iran avait manqué de prendre des mesures appropriées pour protéger les locaux de l'ambassade des Etats-Unis contre l'attaque d'étudiants militants[20]. Pour aboutir à une conclusion similaire au sujet de l'Irak face aux incidents de décembre dernier, encore faudrait-il démontrer de réels manquements de la part de cet Etat, en s'appuyant sur une évaluation pointue des éléments factuels. Or, si certaines forces irakiennes semblent certes avoir négligé de faire barrage à l'entrée dans la « zone verte » de Bagdad, d'autres sont arrivées en renfort, se sont rapidement déployées et ont repoussé sans ménagement les manifestants. Dès lors que l'obligation de protection est une obligation de moyen, et non de résultat, il est loin d'être évident que les autorités de Bagdad n'auraient pas adopté les mesures appropriées à cet égard. Dans un

[17] BBC News, « US Baghdad embassy attacked by protesters angry at air strikes », 31 décembre 2019, https://www.bbc.com/news/world-middle-east-50956111.
[18] BBC News, « US embassy attack: Trump threatens Iran over violent protest in Iraq », 1er janvier 2020, https://www.bbc.com/news/world-middle-east-50959574 (notre traduction).
[19] https://twitter.com/realDonaldTrump/status/1211981022084128768.
[20] C.I.J., Affaire du *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*, arrêt du 24 mai 1980, *Recueil 1980*, pp. 3-45.

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

tweet publié quelques heures plus tard[21], le Président Trump se réjouissait d'ailleurs de ce que l'ambassade avait été sécurisée et remerciait le président irakien et son premier ministre pour leur réaction rapide.

A supposer même qu'on puisse établir la responsabilité de l'Iran ou de l'Irak dans ces incidents, cette responsabilité ne pourrait en tout état de cause équivaloir à une « agression armée » permettant une réaction en légitime défense au sens de l'article 51 de la Charte des Nations Unies. A cet effet, il faudrait en effet démontrer que la violence de cette attaque avait franchi un double seuil. Le premier est celui d'un recours à la force au sens de l'article 2 § 4 de la Charte des Nations Unies, ce qui est plus que douteux en cas de manifestations même violentes ou de troubles similaires aux incidents du 31 décembre. On se rappellera à cet égard que la prise d'otages du personnel diplomatique des Etats-Unis à Téhéran en 1979, autrement plus grave que les troubles de la fin de l'année 2019 à Bagdad, avait été suivie par une opération militaire décidée par l'administration Carter, opération officiellement justifiée par la légitime défense mais qui s'était soldée par un échec sur le terrain[22]. Dans le cadre du jugement rendu par la Cour internationale de Justice, celle-ci avait critiqué cette opération[23]. Le deuxième seuil, plus exigeant encore, est celui d'une « agression armée » au sens de l'article 51 de la Charte, une notion qui renvoie non seulement à un usage à la force, mais aussi à un usage de la force présentant une certaine gravité et qui se distingue d'autres actions militaires moins brutales, comme la Cour internationale de justice l'a rappelé dans plusieurs affaires[24]. Quelle que soit la souplesse de ce dernier critère, il va de soi qu'on ne peut considérer qu'il est rempli en l'espèce.

C'est sans doute pourquoi les Etats-Unis ne se limitent pas à cet épisode de l'ambassade pour fonder leur action, mais se réfèrent plus généralement à des attaques antérieures qui auraient causé des centaines de victimes.

B. L'opération militaire du 3 janvier, une riposte à une agression iranienne antérieure ?

Selon les termes du communiqué du ministère de la Défense, le général Qassem Soleimani était « responsable de la mort de centaines d'agents étatsuniens et de la coalition ainsi que de blessures infligées à des milliers

[21] https://twitter.com/realDonaldTrump/status/1212121012151689217.
[22] *Keesing's Contemporary Archives*, 1980, pp. 30531-30534 ; S/13908, 25 avril 1980, *Lettre adressée au président du Conseil de sécurité par le représentant permanent des Etats-Unis d'Amérique auprès de l'ONU*, p. 1 ; comp. S/13915, 29 avril 1980, Note verbale du 28 avril 1980, adressée au Secrétaire général par le représentant permanent de l'Iran auprès de l'ONU, p. 2 (extrait du télégramme annexé, daté du 25 avril 1980, adressé au Secrétaire général par le ministre des Affaires étrangères de l'Iran).
[23] C.I.J., Affaire du *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran (Etats-Unis d'Amérique c. Iran)*, *Recueil 1980*, p. 43, § 93.
[24] C.I.J., Affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, *Recueil 1986*, p. 101, § 191 ; Affaire des *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique)*, *Recueil 2003,* p. 187, § 51, ainsi que pp. 191-192, § 64.

© Editions A. Pedone

d'autres. Il avait orchestré des attaques contre les bases de la coalition en Irak au cours des derniers mois – y compris l'attaque du 27 décembre – qui ont fait des morts et des blessés parmi le personnel américain et irakien » [25]. La lettre envoyée au Conseil de sécurité évoque quant à elle « une série d'attaques armées de gravité croissante au cours des derniers mois »[26]. L'accusation porte cette fois sur des faits susceptibles d'atteindre le double seuil évoqué ci-dessus. Tuer des centaines de militaires et ressortissants étatsuniens et en blesser des milliers d'autres constituent très certainement des actes d'une gravité suffisante pour être qualifiés d'agression armée. Deux questions se posent cependant à ce stade concernant le respect des conditions de la légitime défense, l'une étant liée à l'Iran (1) et l'autre à l'Irak (2).

1. Une opération en légitime défense contre l'Iran ?

Concernant l'Iran, les Etats-Unis se réfèrent à plusieurs attaques meurtrières iraniennes qui pourraient être considérées comme une agression armée.

Une première série d'événements semble clairement ne pas atteindre le seuil requis par l'article 51 de la Charte. La lettre envoyée au Conseil de sécurité évoque ainsi :

- le fait que « le navire amphibie USS *Boxer* a été menacé au moyen d'un drone aérien » ; cependant, une « menace » ne peut être assimilée à un « emploi » de la force, comme l'indique sans ambiguïté une comparaison des termes de l'article 2 § 4 de la Charte (qui interdit l'une comme l'autre) et de son article 51 (qui n'ouvre un droit de légitime défense qu'en cas d'« agression armée », et non de menace, ni même on l'a vu d'emploi de la force) ;

- une « attaque armée […] perpétrée le 19 juin 2019 au moyen d'un missile sol-air iranien tiré sur un drone aérien de surveillance MQ-4 de la marine américaine », que l'Iran avait justifié en vertu de son droit à la légitime défense dès lors que l'appareil s'était introduit dans son espace aérien malgré des avertissements répétés émis par radio de la part des autorités iraniennes lui enjoignant de ne pas le faire[27] ; à supposer même que cela ne soit pas le cas, il serait excessif d'assimiler semblable incident à l'une des « formes les plus graves de l'emploi de la force (celles qui constituent une agression armée) »[28].

- « le contexte des attaques armées incessantes menées par la République islamique d'Iran qui ont mis en péril la paix et la sécurité internationales, notamment des attaques contre des navires commerciaux […] [ainsi que] des

[25] Statement by the Department of Defense, 2 janvier 2020, précité (notre traduction).
[26] Lettre datée du 8 janvier 2020, adressée au Président du Conseil de sécurité par la Représentante permanente des Etats-Unis d'Amérique auprès de l'Organisation des Nations Unies, S/2020/20, 9 janvier 2020, précitée.
[27] Lettre datée du 20 juin 2019, adressée au Secrétaire général par le Représentant permanent de la République islamique d'Iran auprès de l'Organisation des Nations Unies, S/2019/512.
[28] C.I.J., Affaire des *Activités militaires*, précité, p. 101, § 191.

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

frappes de missiles et de drones sur le territoire de l'Arabie saoudite », non spécifiées, mais qui ne constituent en tout état de cause pas des actions contre les Etats-Unis ; la référence à ces attaques pourrait certes renvoyer implicitement à la légitime défense collective, mais il faudrait alors que les Etats-Unis puissent se prévaloir d'une invitation par les Etats dont les navires ou le territoire ont été touchés[29], une invitation qui n'a nullement été faite.

Pour le reste, est évoquée de manière générale une « série d'attaques » de milices soutenues par l'Iran, seule une attaque spécifique, celle du 27 décembre 2019, étant identifiée. Cette dernière a été menée par le *Kataeb Hezbollah* contre une base militaire en Irak, et a fait une victime, un ressortissant des Etats-Unis, quatre soldats ayant été blessés par ailleurs à cette occasion. Cet événement suffit-il à fonder l'argument de la légitime défense pour justifier l'action du 3 janvier ? Pour que cela soit le cas, il faudrait d'abord s'assurer que l'Iran est responsable de l'action menée par cette milice irakienne. Selon plusieurs sources, le *Kataeb Hezbollah* serait « totalement inféodé » à Téhéran, dépendant directement des forces officielles iraniennes *al-Qods* dirigées par le général Soleimani[30]. Lors du raid du 3 janvier dernier, il est significatif que son dirigeant, Abou Mehdi al-Mouhandis, ait été en compagnie de Soleimani, ce qui semble témoigner d'une coordination structurelle très étroite entre les deux hommes et les forces qu'ils dirigent respectivement. Ainsi, on pourrait, si ces faits sont avérés, considérer que cette force irrégulière agit en fait sous la « totale dépendance » (selon les termes de la Cour internationale de Justice[31]) de l'Iran, si bien qu'on devrait assimiler cette force irrégulière à un organe de l'Iran, avec pour conséquence en droit international que toutes ses actions seraient attribuables à cet Etat. Il faut rappeler que la Cour internationale de Justice a bien souligné que les forces irrégulières doivent alors être dépourvues de réelle autonomie et que leur dépendance à un Etat doit être « totale » pour qu'on puisse les considérer comme des organes de cet Etat. Cela a amené la Cour, au regard des éléments de fait, à refuser par exemple de considérer les *contras* comme des organes des Etats-Unis malgré l'important soutien financier et opérationnel qui leur était apporté par cet Etat[32] ou de considérer les officiers de l'armée serbe de Bosnie-Herzégovine comme des organes de fait de la

[29] Voy. C.I.J., Affaire des *Activités militaires*, précité, pp. 104-105, §§ 196-199 ; Affaire des *Plates-formes pétrolières*, précité, p. 27, § 51.
[30] Voy. Le Figaro, « Les Kataeb Hezbollah, la milice pro Iran qui combat les Etats-Unis en Irak », 3 janvier 2020, https://www.lefigaro.fr/international/les-kataeb-hezbollah-la-milice-pro-iran-qui-combat-les-etats-unis-en-irak-20200103 ; VOA News, « Iran's Iraqi Militia Proxy Kataeb Hezbollah Explained », 31 décembre 2019, https://www.voanews.com/extremism-watch/irans-iraqi-militia-proxy-kataeb-hezbollah-explained.
[31] C.I.J., Affaire de *l'Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt du 26 février 2007, *Recueil 2007*, p. 205, § 392.
[32] C.I.J., Affaire des *Activités militaires*, précité, p. 62, § 109.

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

République fédérale de Yougoslavie, en dépit des liens étroits que ces officiers entretenaient avec cet Etat[33].

De son côté, dans une lettre adressée au Conseil de sécurité le 29 janvier 2020, l'Iran a totalement rejeté les allégations des Etats-Unis concernant la nature de ses liens avec des actes commis par des groupes irakiens :

> « Dans différents passages de la lettre, les expressions 'milices soutenues par l'Iran' ou 'milices soutenues par la Force Al-Qods' sont utilisées pour imputer à l'Iran n'importe quelle action menée contre les forces américaines en Iraq. La République islamique d'Iran rejette catégoriquement l'imputation à l'Iran de toute attaque armée menée contre les Etats-Unis par toute entité ou individu en Iraq et dans la région. En effet, pareille imputation est non seulement infondée du point de vue des faits mais elle est, de surcroît, avancée sans la moindre rigueur professionnelle puisqu'elle ne remplit pas les critères minimaux d'authenticité et de fiabilité, ce qui la rend nulle et non avenue sur le plan juridique »[34].

Seule une analyse approfondie des liens entre le *Kataeb Hezbollah* et l'Iran pourraient amener à une conclusion décisive, compte tenu des critères fixés par la Cour internationale de Justice. A cet égard, il faut encore relever que, dans l'hypothèse où une « totale dépendance » ne pouvait être montrée, on pourrait toutefois, là encore sous réserve d'une vérification des faits, tenter de démontrer que l'attaque du 27 décembre a été effectuée sous le « contrôle effectif »[35] des autorités iraniennes. Dans ce cas également, cette attaque serait attribuable à l'Iran, qui devrait en assumer la responsabilité en droit international.

Mais, à supposer que l'attaque du 27 décembre puisse être attribuée à l'Iran, encore faut-il que cette attaque présente une gravité suffisante pour justifier qu'on y réagisse par l'emploi de la force militaire. Si le seuil d'un recours à la force semble bien franchi, puisque des tirs de roquettes ont fait une victime et quatre blessés, il est plus délicat d'établir que l'attaque présente la gravité d'une « agression armée ». Les Etats-Unis eux-mêmes, on l'a vu, ne prétendent pas clairement que cette action en tant que telle, et isolée d'autres attaques qui ont visé ses soldats, suffirait à fonder leur réaction en vertu d'un droit à la légitime défense. En se prévalant de manière générale de plusieurs actions qui ont causé des « centaines de morts » et des « milliers de blessés », les Etats-Unis semblent plutôt appréhender les événements du 27 décembre dans un ensemble plus vaste.

---

[33] C.I.J., Affaire de *l'Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, précité, p. 205, § 392.

[34] Lettre datée du 29 janvier 2020, adressée au Secrétaire général et au Président du Conseil de sécurité par le Représentant permanent de la République islamique d'Iran auprès de l'Organisation des Nations Unies, S/2020/81, 30 janvier 2020.

[35] Voy. C.I.J., Affaire des *Activités militaires*, précité, p. 65, § 115 ; Commission du droit international, « Responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite », annexe à la Résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies, A/RES/56/83, 12 décembre 2001, article 8.

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

Et, en effet, il est généralement admis qu'une série d'attaques relativement limitées si on les prend isolément, peuvent équivaloir à une agression armée lorsqu'on les considère dans leur ensemble. Dans l'affaire des *Activités militaires*, la Cour envisage le recours à la force des Etats-Unis contre le Nicaragua, et notamment le soutien apporté aux *contras*, non comme une succession d'une multitude d'actes isolés mais comme un comportement envisagé dans son ensemble[36]. La même logique semble avoir été suivie dans l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo*, la Cour se demandant incidemment si certaines attaques « pouvaient être considérées comme présentant un caractère cumulatif »[37]. Dans l'affaire des *Plateformes pétrolières*, la Cour a évoqué la possibilité de prendre en compte « une série d'attaques », sans isoler chacune d'entre elles[38]. Enfin, dans l'affaire de la *Licéité de l'emploi de la force*, la Cour a estimé qu'il existait un différend général, qui portait sur les bombardements « pris dans leur ensemble »[39], et elle a estimé par ailleurs que « l'emploi de la force en Yougoslavie » – envisagé ici aussi de manière générale – soulève des problèmes très graves de droit international[40]. Cependant, une comparaison des précédents évoqués ici et du cas de l'Iran est édifiante : jamais ce dernier n'a adopté un comportement similaire, même de loin, à une campagne de bombardement comme celle de l'OTAN contre la Yougoslavie, ou à l'intervention militaire des Etats-Unis au Nicaragua, ou encore aux opérations armées de l'Ouganda en République démocratique du Congo ayant conduit à l'occupation pendant plusieurs années d'une partie de son territoire. Les éléments mentionnés dans le document du ministère de la Défense ou dans la lettre envoyée au Conseil de sécurité semblent davantage renvoyer à une série d'incidents variés et isolés, parfois séparés de plusieurs mois, et touchant d'ailleurs, on l'a vu, des Etats différents. On se trouve donc dans une situation plus comparable à celle qui a été jugée par la Cour dans l'affaire des *Plateformes pétrolières*, opposant précisément l'Iran et les Etats-Unis pour des événements du même type que certains dont il est question ici. Mentionnant une série d'incidents armés dans le Golfe, la Cour conclut que :

> « Même pris conjointement, et réserve faite […] de la question de la responsabilité de l'Iran, ces incidents ne semblent pas à la Cour constituer une agression armée contre les Etats-Unis comparable à ce qu'elle a qualifié, en l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, de forme d'emploi de la force parmi 'les plus graves' »[41].

[36] C.I.J., Affaire des *Activités militaires*, précité, p. 146, § 3.
[37] C.I.J., Affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)* arrêt du 19 décembre 2005, *Recueil 2005*, p. 223, § 146.
[38] C.I.J., Affaire des *Plates-formes pétrolières*, précité, p. 191, § 64.
[39] C.I.J., Affaire de *Licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. Belgique)*, ordonnance du 2 juin 1999, *Recueil 1999*, p. 134, § 28.
[40] *Ibid.*, p. 132, § 17.
[41] C.I.J., Affaire des *Plates-formes pétrolières*, précité, p. 192, § 64.

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

En lien avec ces dernières réflexions, on peut se demander si l'action du 3 janvier remplissait la condition de nécessité de la légitime défense, une condition qui, selon la Cour, est « rigoureuse et objective, et ne laisse aucune place à 'une certaine liberté d'appréciation' »[42]. A cet égard, il faut relever que les Etats-Unis avaient *déjà* riposté aux événements du 27 décembre 2019, avant l'exécution du général Soleimani. En effet, le 29 décembre 2019, une action militaire états-unienne a frappé cinq sites du *Kataeb Hezbollah*, trois étant situés en Irak et deux en Syrie[43]. Ces raids ont causé une vingtaine de morts. C'est d'ailleurs précisément à l'occasion des funérailles des victimes de ce raid organisées deux jours plus tard, que la situation a dégénéré et que l'ambassade des Etats-Unis à Bagdad a été visée. La séquence des événements factuels n'est pas sans conséquence juridique : puisque les Etats-Unis avaient déjà riposté le 29 décembre à l'action du 27 décembre, peuvent-ils se prévaloir une deuxième fois de l'argument de légitime défense pour mener un raid meurtrier le 3 janvier ? Il est permis d'en douter, et c'est sans doute la raison pour laquelle les Etats-Unis ont mentionné également l'incident de l'ambassade ainsi que d'autres actes antérieurs, avec toutes les limites que l'on vient de signaler. Dans cette mesure, il paraît bien délicat d'accepter que l'opération militaire ait pu être menée par les Etats-Unis en légitime défense contre l'Iran.

2. Une légitime défense contre l'Irak ?

Plus problématique encore est la question de la licéité des actions militaires des Etats-Unis au regard de la souveraineté de l'Irak. L'action militaire du 3 janvier est en effet assimilable au « bombardement, par les forces années d'un Etat, du territoire d'un autre Etat, ou [à] l'emploi de toutes armes par un Etat contre le territoire d'un autre Etat »[44], et à ce titre susceptible de constituer un acte d'agression contre l'Irak. Le problème n'est pourtant même pas évoqué dans la lettre envoyée par les Etats-Unis au Conseil de sécurité. Celle-ci, on l'a vu, renvoie à un acte de légitime défense contre l'Iran, sans prétendre que cette dernière pourrait se justifier au regard de l'Irak. Reste à se demander, de manière plus générale, si tel pourrait être le cas en l'espèce.

Une première possibilité serait de recourir aux critères de « totale dépendance » ou du « contrôle effectif », en déterminant dans quelle mesure les actes du *Kataeb Hezbollah* pourraient être attribués à l'Etat irakien. A cet égard, il faut relever que, le 1er juillet 2019, un décret a été adopté par les autorités de Bagdad, dont certains extraits, traduits en anglais, ont été publiés dans la presse : « Mobilisation Forces *are to operate* as an indivisible part of the armed forces

[42] *Ibid.*, p. 196, § 73.
[43] USA Today, « US conducts strikes in Iraq, Syria on Iran-backed militia behind attack that killed American, Pentagon says », 30 décembre 2019, https://eu.usatoday.com/story/news/world/2019/12/29/us-strikes-iran-backed-militia-behind-attack-killed-american/2770555001/.
[44] Art. 3b) de la définition de l'agression, annexée à la résolution 3314 (XXIX), précitée.

© Editions A. Pedone

and be subject to the same regulations »[45]. Au vu des termes soulignés, qu'il faudrait replacer dans le cadre plus général du droit irakien, il semble que cet acte juridique marque non pas une incorporation formelle immédiate des milices dans l'armée irakienne, mais une volonté de les intégrer dans un proche avenir. Une volonté qui n'a à ce jour, apparemment, pas été suivie d'effets[46]. Dans cette dernière hypothèse, lesdites milices ne seraient pas, pour l'heure, assimilables à des organes de l'Etat irakien…

Une deuxième possibilité pourrait renvoyer, non à l'attribution d'actes illicites à l'Irak, mais au défaut de cet Etat d'adopter des mesures pour en prévenir la survenance. Les autorités étatsuniennes ont ainsi accusé l'Irak de ne pas avoir pris les mesures nécessaires pour protéger les forces de la coalition, spécialement après l'attaque du 27 décembre 2019[47]. Un haut responsable des Etats-Unis a par exemple déclaré à la presse : « We have warned the Iraqi government many times, and we've shared information with them to try to work with them to try to carry out their responsibility to protect us as their invited guests…They have not taken the appropriate steps »[48].

Les Etats-Unis pourraient aussi considérer que l'Irak n'a pas la volonté ou la capacité de mettre fin aux activités de ces milices – en se référant à la doctrine de l'Etat « unwilling or unable » qui a parfois été invoquée par quelques Etats, principalement occidentaux, pour justifier leurs interventions militaires sur le territoire d'Etats qui ne s'acquitteraient pas de leurs obligations[49]. Une telle argumentation serait plus que problématique[50]. D'abord, et pour s'en tenir au critère de manque de volonté (« unwilling »), il faut rappeler que le gouvernement de Bagdad coopère avec celui de Washington depuis des années, en acceptant le stationnement des troupes des Etats-Unis sur son sol à la suite de l'invasion de l'Irak en mars 2003, ou en collaborant à la lutte contre l'Etat islamique, spécialement depuis l'été 2014[51]. Ensuite, si l'on en vient au critère de la capacité (« unable »), la position selon laquelle un Etat pourrait être

[45] Nous soulignons ; Al Jazeera, « Iraqi PM decree curbs powers of Iranian-allied militias », 1er juillet 2019, https://www.aljazeera.com/news/2019/07/iraqi-pm-orders-iranian-allied-militia-reined-190701183850760.html.

[46] Wall Street Journal, « Iraq's Militias Seek More Time to Integrate With Country's Security Forces », 31 juillet 2019, https://www.wsj.com/articles/iraqs-militias-seek-more-time-to-integrate-with-countrys-security-forces-11564510133.

[47] Le Point, « Représailles américaines : l'Irak menace de 'revoir' ses relations avec Washington », 31 décembre 2019, https://www.lepoint.fr/monde/irak-les-represailles-americaines-font-19-morts-30-12-2019-2355144_24.php.

[48] VOA News, « US Brushes Off Iraqi Criticism of Airstrikes », 31 décembre 2019, https://www.voanews.com/usa/us-brushes-iraqi-criticism-airstrikes.

[49] O. CORTEN, « L'argumentation des Etats européens pour justifier une intervention militaire contre l''Etat islamique' en Syrie : vers une reconfiguration de la notion de légitime défense ? », *R.B.D.I.*, 2016, pp. 31-67.

[50] « Appel de juristes de droit international contre une invocation abusive de la légitime défense pour faire face au défi du terrorisme », *R.B.D.I.*, 2016, pp. 7-30.

[51] Department of Defense, « DoD Authorizes War on Terror Award for Inherent Resolve Ops », 31 octobre 2014, https://www.defense.gov/Explore/News/Article/Article/603569/.

© Editions A. Pedone

attaqué pour la seule raison qu'il ne parvient pas à empêcher que des actes illicites soient perpétrés sur son territoire contre d'autres Etats est loin d'être admise en droit international[52]. D'une part, elle remettrait en cause ses fondements mêmes en autorisant des interventions militaires dans de multiples situations et en faisant de nombreux Etats des champs de bataille perpétuellement soumis à des interventions étrangères. D'autre part, et plus précisément, elle s'avère incompatible à la fois avec les instruments juridiques existants (aucun texte ne prévoit une telle possibilité) et avec la jurisprudence constante de la Cour internationale de Justice, qui renvoie systématiquement aux tests de la « totale dépendance » et du « contrôle effectif »[53]. Dans l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo*, la Cour a d'ailleurs fermement rejeté tout argument fondé sur l'incapacité supposée d'un Etat à empêcher que son territoire soit utilisé par des groupes irréguliers[54].

Pour en revenir à l'Irak, celui-ci a condamné les actions militaires des Etats-Unis des 29 décembre et 3 janvier, en les présentant dans une lettre envoyée au Conseil de sécurité comme constituant « une agression contre l'Etat, le Gouvernement et le peuple iraquiens, une violation flagrante des conditions régissant la présence des forces américaines en Iraq »[55]. Le parlement irakien a ensuite appelé le gouvernement de Bagdad, en affaires courantes depuis les dernières élections, à retirer son consentement à la présence des troupes états-uniennes dans le pays[56]. Cet appel a été relayé par le premier ministre irakien à destination de Washington[57], ce qui oblige les Etats-Unis à rapatrier leurs troupes, à défaut de quoi on se trouverait dorénavant devant une occupation incompatible avec le droit international et, plus précisément, d'une agression armée contre l'Irak qui autoriserait ce dernier à mener lui-même des opérations militaires en légitime défense.

En conclusion sur ce point, l'argument de la légitime défense des Etats-Unis s'avère bien fragile pour justifier l'action militaire du 3 janvier dernier. Reste, cependant, à s'interroger sur l'argument de l'action préventive, également avancé par les autorités des Etats-Unis.

---

[52] O. CORTEN, « The 'unwilling or unable' Theory: has it Been, and Could it Be, Accepted ? », *Leiden Journal of International Law*, 2016, pp. 777-799.
[53] Voy. les références ci-dessus.
[54] C.I.J., *Recueil 2005*, p. 262, § 303.
[55] Lettres identiques datées du 6 janvier 2020, adressées au Président du Conseil de sécurité par le Représentant permanent de l'Iraq auprès de l'Organisation des Nations Unies, S/2020/15.
[56] France24, « Le Parlement irakien demande l'expulsion des troupes de la coalition internationale », 5 janvier 2020, https://www.france24.com/fr/20200105-le-parlement-irakien-demande-l-expulsion-des-troupes-de-la-coalition-internationale.
[57] New York Times, « U.S. Says It Won't Discuss Withdrawing Troops From Iraq, Defying Baghdad's Request », 10 janvier 2020, https://www.nytimes.com/2020/01/10/world/middleeast/us-troops.html.

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

C. L'opération militaire du 3 janvier, une légitime défense préventive ?

Dans le communiqué du ministère de la Défense justifiant l'exécution de Soleimani, on lit enfin que « cette frappe visait à dissuader les futurs plans d'attaque iraniens »[58]. La lettre envoyée au Conseil de sécurité évoque aussi le fait que les mesures prises « visaient à dissuader la République islamique d'Iran de mener ou d'appuyer d'autres attaques contre les Etats-Unis ou leurs intérêts »[59]. Cet aspect préventif a également été souligné par le président Trump[60], ainsi que son Secrétaire d'Etat, qui a, lui, insisté sur l'existence d'une attaque « imminente »[61]. De nombreux spécialistes estiment cependant que le droit international ne permet pas d'agir en légitime défense de façon préventive[62]. Deux éléments peuvent, à juste titre, être avancés.

D'abord, et sur le plan purement factuel, les Etats-Unis n'ont nullement démontré qu'une attaque imminente était planifiée par le général Soleimani. Selon eux, ce dernier préparait une action militaire contre les Etats-Unis[63], mais certaines sources tendent plutôt à attester la thèse inverse :

> « … some officials voiced private skepticism about the rationale for a strike on General Suleimani, who was responsible for the deaths of hundreds of American troops over the years. According to one United States official, the new intelligence indicated 'a normal Monday in the Middle East' — Dec. 30 — and General Suleimani's travels amounted to 'business as usual'. That official described the intelligence as thin and said that General Suleimani's attack was not imminent because of communications the United States had between Iran's supreme leader, Ayatollah Ali Khamenei, and General Suleimani showing that the ayatollah had not yet approved any plans by the general for an attack. The ayatollah, according to the communications, had asked General Suleimani to come to Tehran for further discussions at least a week before his death »[64].

[58] Notre traduction ; Statement by the Department of Defense, 2 janvier 2020, précité.
[59] Lettre datée du 8 janvier 2020, adressée au Président du Conseil de sécurité par la Représentante permanente des Etats-Unis d'Amérique auprès de l'Organisation des Nations Unies, précitée.
[60] Reuters, « Trump says Soleimani plotted 'imminent' attacks, but critics question just how soon », 3 janvier 2020, https://www.reuters.com/article/us-iraq-security-blast-intelligence/trump-says-soleimani-plotted-imminent-attacks-but-critics-question-just-how-soon-idUSKBN1Z228N.
[61] CNN, « Pompeo: Strike on Soleimani disrupted an 'imminent attack' and 'saved American lives' », 3 janvier 2020, https://edition.cnn.com/2020/01/03/politics/mike-pompeo-iran-soleimani-strike-cnntv/index.html.
[62] O. CORTEN, *Le droit contre la guerre*, 2ème éd., Paris, Pedone, 2014, pp. 662-717.
[63] BBC News, « Qasem Soleimani: Iran was targeting four US embassies, says Trump », 10 janvier 2020, https://www.bbc.com/news/world-us-canada-51068560.
[64] New York Times, « As Tensions With Iran Escalated, Trump Opted for Most Extreme Measure », 7 janvier 2020, https://www.nytimes.com/2020/01/04/us/politics/trump-suleimani.html?campaign_id=60&instance_id=0&segment_id=20060&user_id=285e0687bd79f5610c20b52d37875ff8&regi_id=47276260.

© Editions A. Pedone

On a même évoqué en ce sens un voyage diplomatique du général Soleimani, tendant à favoriser la paix dans la région[65], et on reviendra sur cet élément ultérieurement. Quoiqu'il en soit, il est délicat de se prononcer sur la véracité de ces informations ; on est confronté là encore à des limites sur le plan de la preuve. La circonstance que le ministère de la Défense ait associé l'aspect préventif évoqué avec un aspect plus classique de riposte témoigne d'ailleurs peut-être d'un certain manque de conviction vis-à-vis de la validité de cet argument dans le chef des Etats-Unis eux-mêmes.

Ensuite, sur un plan juridique cette fois, l'article 51 de la Charte des Nations Unies énonce un droit de légitime défense « en cas d'agression armée », et non en cas de « menace d'agression armée », quand bien même cette dernière est interdite par l'article 2 § 4 de la Charte et donne compétence au Conseil de sécurité pour décider d'éventuelles mesures coercitives (chapitre VII de la Charte des Nations Unies). Aucune coutume attestant un accord de la communauté internationale des Etats dans son ensemble d'assouplir cette condition textuelle ne peut être établie. Les seules fois où la légitime défense préventive a été invoquée, l'argument a été fermement critiqué, et n'a, en tout cas, jamais été acceptée unanimement. Lorsqu'Israël a justifié de la sorte une action militaire menée en Irak contre le réacteur nucléaire Osirak en 1981, l'argument a été rejeté par le Conseil de sécurité comme par l'Assemblée générale[66]. Lorsque les Etats-Unis se sont généralement prévalus de cette possibilité de mener une guerre préventive en proclamant ce qu'on a appelé la doctrine Bush permettant d'agir contre de simples menaces[67], ou ont fait référence plus spécifiquement à cet argument pour légitimer certaines frappes en Syrie à partir de 2014[68], leur argument est loin d'avoir été universellement admis[69]. En 2005, le Secrétaire général de l'ONU avait cru pouvoir susciter un compromis en proposant de ne l'admettre que dans des conditions très strictes, dans le cas d'une « menace imminente »[70]. Mais il avait essuyé un refus obstiné de la majorité des Etats membres de l'ONU, qui avaient préféré s'en tenir à la définition classique de l'article 51 de la Charte, qui requiert bel et bien l'existence d'une « agression armée »[71]. Aucune cour ni aucun tribunal international n'a d'ailleurs jamais cautionné l'argument de la légitime défense préventive au sens de la Charte.

---

[65] ZeroHedge, « Soleimani Was In Baghdad On Peace Mission To De-Escalate With Saudis: Report », 6 janvier 2020, https://www.zerohedge.com/geopolitical/soleimani-was-baghdad-diplomatic-mission-saudi-peace-iraq-pm.

[66] Résolution 487 (1981) adoptée le 19 juin 1981 par le Conseil de sécurité ; résolution 36/27 adoptée le 13 novembre 1981 par l'Assemblée générale de l'ONU par 109 voix contre 2 et 34 abstentions.

[67] *The National Security Strategy of the United States of America*, September 2002, p. 15.

[68] Lettre du 23 septembre 2014, S/2014/695, 23 septembre 2014.

[69] Voy. not. 17th Summit of Heads of State and Government of the Non-Aligned Movement, 17-18 septembre 2016, par. 25.2; S/PV.7621, 15 février 2016, p. 62.

[70] *Dans une liberté plus grande : développement, sécurité et respect des droits de l'homme pour tous*, A/59/2005, 24 mars 2005, par. 124

[71] O. CORTEN, *Le droit contre la guerre*, 2ème éd., Paris, Pedone, 2014, pp. 690-705

© Editions A. Pedone

La seule possibilité pour les Etats-Unis serait dès lors de démontrer non seulement que le général Soleimani planifiait une attaque imminente contre eux, mais que cette attaque avait déjà débuté (le cas échéant sans avoir encore causé des effets)[72]. Comme on l'a vu, aucun élément susceptible de fonder semblable théorie n'a à ce jour été rendu public. En ce sens, l'Iran semble bien disposer d'arguments solides pour se prévaloir de son droit de légitime défense. Reste à savoir si, en l'espèce, ce droit a été exercé conformément au droit international.

II. L'ATTAQUE PAR L'IRAN DE DEUX BASES MILITAIRES SITUÉES EN IRAK, UNE ACTION NÉCESSAIRE ET PROPORTIONNÉE MENÉE EN LÉGITIME DÉFENSE ?

Dans la nuit du 7 au 8 janvier 2020 à 1h30 (heure locale), l'Iran a lancé l' « Opération Martyr Soleimani », qui a consisté à tirer une douzaine de missiles contre deux bases de la coalition internationale accueillant plusieurs centaines des 5000 soldats états-uniens déployés sur le sol irakien. La première cible était la base d'Aïn al-Assad, située à 160 kilomètres à l'ouest de Bagdad, qui est l'une des bases militaires les plus importantes pour les Etats-Unis en Irak. La seconde cible était la base d'Erbil, dans le nord de l'Irak[73]. Si certaines agences de presse iraniennes ont immédiatement annoncé 80 victimes ainsi que l'endommagement de drones et d'hélicoptères de l'armée états-unienne[74], cette information n'a été confirmée ni par les Etats-Unis, ni par l'Irak, ni par les autres Etats étrangers présents sur le terrain, qui ont tous affirmé qu'aucune victime n'était à déplorer[75]. Le Président Trump l'a souligné lors de son discours à la Maison Blanche le lendemain de l'attaque : « no Americans were harmed in last night's attack by the Iranian regime. We suffered no casualties, all of our soldiers are safe, and only minimal damage was sustained at our military bases »[76]. Cette information a été contredite par la suite lorsque la presse a

[72] On pourrait à cet égard renvoyer à la notion de légitime défense interceptive, permettant d'empêcher qu'une attaque qui a commencé produise ses effets ; Y. DINSTEIN, *War, Aggression and Self-Defence*, 6th ed., Cambridge, C.U.P., 2017, pp. 231-235

[73] Voy. L'Express, « Ce que l'on sait de l'attaque iranienne visant des soldats américains en Irak », 8 janvier 2020, https://www.lexpress.fr/actualite/monde/ce-que-l-on-sait-de-l-attaque-iranienne-visant-des-soldats-americains-en-irak_2113717.html ; BBC News, « Iran attacks: Which bases were targeted ? », 8 janvier 2020, https://www.bbc.com/news/world-middle-east-51029675 ; The Guardian, « Iran launches missiles at Iraq airbases hosting US and coalition troops », 8 janvier 2020, https://www.theguardian.com/world/2020/jan/08/suleimani-assassination-two-us-airbases-in-iraq-hit-by-missiles-in-retaliation.

[74] The Syria Times, « Revolutionary Guard: About 80 American soldiers were killed in targeting the American base of Ain Al-Assad », 8 janvier 2020, http://syriatimes.sy/index.php/news/regional/46042-revolutionary-guard-about-80-american-soldiers-were-killed-in-targeting-the-american-base-of-ain-al-assad.

[75] RTL, « Aucun Américain n'a été touché dans les frappes iraniennes en Irak », 8 janvier 2020, https://www.rtl.be/info/monde/international/aucun-americain-n-a-ete-touche-dans-les-frappes-iraniennes-en-irak-1186806.aspx.

[76] White House, « Remarks by President Trump on Iran », 8 janvier 2020, https://www.whitehouse.gov/briefings-statements/remarks-president-trump-iran/.

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

rapporté qu'une centaine de soldats avaient été blessés lors des frappes et qu'ils avaient été soignés ou examinés en raison de symptômes liés à une commotion cérébrale due à l'explosion[77].

L'opération militaire a été justifiée de la façon suivante par l'Iran, dans une lettre adressée au Conseil de sécurité :

> « Je tiens à vous informer que, le 8 janvier 2020, au petit matin (heure de Téhéran), dans l'exercice par la République islamique d'Iran de son droit naturel de légitime défense conformément à l'Article 51 de la Charte des Nations Unies, les forces armées de l'État ont engagé et mené à bien une riposte militaire mesurée et proportionnée ciblant une base aérienne américaine en Iraq depuis laquelle a été menée la veule attaque armée qui a fait de Soleimani un martyr. Cette opération, qui n'a visé que des cibles militaires, a été exécutée avec précision et n'a pas fait de victimes collatérales parmi les civils ni causé de dommages à des biens civils dans le secteur. […] Mettant sérieusement en garde contre tout nouvel acte d'aventurisme militaire qui pourrait être dirigé contre elle, l'Iran déclare qu'il est déterminé à continuer, conformément au droit international en vigueur, de défendre résolument son peuple, sa souveraineté et son intégrité territoriale contre toute agression »[78].

Les questions que soulève cet argumentaire sont de deux ordres. On peut se demander, d'une part, si l'Iran était fondé à agir en légitime défense en réaction à l'opération militaire des Etats-Unis visant le général Soleimani (A), et d'autre part, si l'Iran pouvait agir à cette fin sur le territoire irakien (B).

A. Une attaque iranienne en légitime défense contre les Etats-Unis ?

Pour que l'Iran soit fondé à invoquer son droit de légitime défense, il importe, premièrement, de vérifier que cet Etat a préalablement été la victime d'une « agression armée » et, deuxièmement, que sa riposte était nécessaire et proportionnée pour y mettre fin.

A première vue, l'opération militaire lancée par les Etats-Unis pour éliminer le général Qassem Soleimani semble bien équivaloir à une « attaque par les forces armées d'un Etat contre les forces armées […] d'un autre Etat »[79]. Il est vrai qu'il s'agit d'une action relativement ciblée, mais cette caractéristique n'empêche pas à elle seule qu'elle puisse être constitutive d'une agression armée. Dans l'affaire des *Plates-formes pétrolières*, opposant déjà les Etats-Unis à l'Iran, la Cour « n'exclu[ait]t pas que le minage d'un seul navire de guerre puisse suffire à justifier qu'il soit fait usage du 'droit naturel de légitime

[77] « The Iranian Missile Strike Did Far More Damage Than Trump Admits », *New York Times*, 12 février 2020, https://www.nytimes.com/2020/02/12/opinion/iran-us-trump.html.
[78] Lettre datée du 8 janvier 2020, adressée au Secrétaire général et au Président du Conseil de sécurité par le Représentant permanent de la République islamique d'Iran auprès de l'Organisation des Nations Unies, S/2020/19.
[79] Article 3d) de la définition de l'agression annexée à la résolution 3314 (XXIX) de l'Assemblée générale de l'ONU, précitée.

© Editions A. Pedone

défense' »[80]. Dans ce cas particulier, la Cour avait conclu par la négative, mais les faits de la cause (en particulier les difficultés d'attribuer à l'Iran le minage du navire auquel les Etats-Unis prétendaient réagir) étaient bien différents, car personne ne conteste ici que Washington a bel et bien ordonné et mené le bombardement d'un convoi pour viser un général de l'armée iranienne. Il faut d'ailleurs relever que, dans les lettres adressées au Conseil de sécurité, l'Iran ne s'est pas limité à cette attaque, mais a prétendu réagir à un ensemble d'actes perpétrés par les Etats-Unis à son encontre. Dans sa lettre du 7 janvier, l'Iran souligne que, dans les jours qui ont suivi l'opération ayant tué Soleimani, « le Président des Etats-Unis a menacé par cinq fois, dans des déclarations extrêmement provocatrices et brutales, d'employer la force contre l'un des membres fondateurs de l'Organisation des Nations Unies »[81]. La lettre mentionne d'abord la déclaration présidentielle faite le 3 janvier, annonçant que « nous avons déjà parfaitement identifié toutes les cibles, et je suis prêt et disposé à prendre toutes les mesures nécessaires »[82]. La lettre iranienne évoque également les propos avancés le lendemain par le Président des Etats-Unis, qui annonçait être prêt à « frapper très vite et très fort » « 52 sites iraniens » dont certains liés à « la culture iranienne »[83], précisant dans la même journée que « nous allons les frapper plus durement qu'ils ne l'ont jamais été »[84]. Enfin, la lettre fait référence à l'avertissement envoyé le 5 janvier selon lequel, si l'Iran visait le moindre individu ou cible états-uniens, « les Etats-Unis vont frapper rapidement [et] sans retenue » l'Iran, « de manière disproportionnée »[85]. L'Iran a replacé ces éléments dans un contexte plus général, en les présentant comme « la partie émergée de l'iceberg des politiques hostiles et des pratiques illicites, ainsi que des menaces et des complots que les Etats-Unis font endurer à l'Iran depuis les 40 dernières années »[86]. Dans sa lettre du 29 janvier 2020, l'Iran rappelle une série d'incidents impliquant les Etats-Unis survenus en 2019 et 2020, consistant en des intrusions répétées dans les eaux territoriales et dans l'espace aérien iraniens[87]. Comme on le constate, l'opération armée menée par

[80] C.I.J., Affaire des *Plates-formes pétrolières*, précitée, pp. 195-196, § 72.
[81] Lettre datée du 7 janvier 2020, adressée au Secrétaire général et au Président du Conseil de sécurité par le Représentant permanent de la République islamique d'Iran auprès de l'Organisation des Nations Unies, S/2020/16.
[82] White House, « Remarks by President Trump on the Killing of Qasem Soleimani », 3 janvier 2020, https://www.whitehouse.gov/briefings-statements/remarks-president-trump-killing-qasem-soleimani/.
[83] Tweet de Donald Trump du 4 janvier 2020, https://twitter.com/realDonaldTrump/status/1213684819537932293.
[84] "Trump Threatens Iranian Cultural Sites, and Warns of Sanctions on Iraq', *New York Times,* 5 janvier 2020, https://www.nytimes.com/2020/01/05/us/politics/trump-iran-cultural-sites.html.
[85] Tweet de Donald Trump du 5 janvier 2020, https://twitter.com/realDonaldTrump/status/1213919480574812160.
[86] Lettre datée du 7 janvier 2020, adressée au Secrétaire général et au Président du Conseil de sécurité par le Représentant permanent de la République islamique d'Iran auprès de l'Organisation des Nations Unies, S/2020/16.
[87] Lettre datée du 29 janvier 2020, adressée au Secrétaire général et au Président du Conseil de sécurité par le représentant permanent de la République islamique d'Iran auprès de l'Organisation des Nations

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

l'Iran le 8 janvier s'inscrit dans un ensemble complexe d'incidents armés, dont la qualification exacte supposerait un examen factuel très détaillé, basé sur des éléments de preuves précis à fournir par les parties. Quoi qu'il en soit, l'opération menée le 3 janvier dernier se détache nettement de ces autres incidents par sa nature et son ampleur. Elle a consisté à tirer trois missiles qui ont détruit deux véhicules et causé une dizaine de morts, dont le général Qassem Soleimani. Ce dernier était considéré comme l'un des plus hauts responsables militaires iraniens, voire comme l'un des cadres suprêmes les plus influents du régime. Compte tenu de l'identité de la personne ciblée, et de l'ampleur de l'attaque, l'action états-unienne, particulièrement si on la replace dans son contexte, semble bien atteindre le seuil déclenchant un droit de légitime défense au sens de l'article 51.

Il est par ailleurs significatif que, bien que de nombreux Etats – surtout occidentaux – aient condamné l'usage de la force par l'Iran comme étant inacceptable, appelé à la retenue et espéré une désescalade de la violence, aucun d'entre eux n'a affirmé que l'Iran n'était pas fondé à agir en légitime défense contre les Etats-Unis, préférant souligner la nécessité de respecter la souveraineté et l'intégrité territoriale de l'Irak[88]. Les autres Etats sont restés plutôt silencieux sur la question, à l'exception de la Syrie qui a approuvé l'attaque iranienne[89]. Il semble donc difficile d'établir que la communauté internationale a rejeté l'idée que l'Iran exerçait son droit de légitime défense contre les Etats-Unis.

Néanmoins, même en considérant que l'Iran ait été l'objet d'une agression armée de la part des Etats-Unis, le choix des mesures que l'Iran peut adopter en légitime défense n'est pas illimité. Seules des actions « nécessaires et proportionnées » peuvent être menées, comme la Cour internationale de justice l'a notamment rappelé[90]. Pour certains commentateurs, l'attaque iranienne du 8 janvier n'était plus nécessaire dès lors que l'attaque des Etats-Unis à laquelle l'Iran entendait réagir avait pris fin 5 jours plus tôt. A leurs yeux, cette circonstance montre qu'il s'agissait pour l'Iran, non pas de mettre fin à l'attaque des Etats-Unis, mais d'adopter une action punitive ou des mesures de

Unies, S/2020/81. Concernant ces intrusions, voy. not. Lettre datée du 20 juin 2019, adressée au Secrétaire général par le Représentant permanent de la République islamique d'Iran auprès de l'Organisation des Nations Unies, S/2019/512 ; Lettre datée du 9 août 2019, adressée au Secrétaire général et à la Présidente du Conseil de sécurité par le Représentant permanent de la République islamique d'Iran auprès de l'Organisation des Nations Unies, S/2019/652.

[88] Pour un aperçu des positions des Etats sur ce point, voir « Compilation of States' reactions to U.S. and Iranian Uses of Force in Iraq in January 2020 », https://www.justsecurity.org/68173/compilation-of-states-reactions-to-u-s-and-iranian-uses-of-force-in-iraq-in-january-2020/#StateReactIranStrike.

[89] 'World reacts after Iran fires missiles at US targets in Iraq', *Al Jazeera,* 8 janvier 2020, https://www.aljazeera.com/news/2020/01/governments-urge-diplomacy-iran-tensions-escalate-200108041741889.html.

[90] C.I.J., Affaire de la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis du 8 juillet 1996, *Rec. 1996*, p. 245, § 41.

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

représailles à leur encontre, ce que le droit international ne permet pas[91]. Il est vrai que certaines déclarations publiques iraniennes pouvaient le laisser penser dans un premier temps, comme c'est le cas par exemple des propos tenus par l'Ayatollah Khamenei le 6 janvier[92]. Cela étant, la lettre envoyée par l'Iran au Conseil de sécurité qui précise l'objectif de l'attaque n'évoque pas cet aspect : il s'agit d'adopter « une riposte militaire mesurée et proportionnée ciblant une base aérienne américaine en Iraq depuis laquelle a été menée la veule attaque armée qui a fait de Soleimani un martyr » et de mettre « sérieusement en garde contre tout nouvel acte d'aventurisme militaire qui pourrait être dirigé contre elle », en rappelant que l'Iran est « déterminé à continuer, conformément au droit international en vigueur, de défendre résolument son peuple, sa souveraineté et son intégrité territoriale contre toute agression »[93]. Pour l'Iran, l'attaque entend réagir à la conduite militaire des Etats-Unis, cette conduite n'étant cependant pas limitée aux seuls événements du 3 janvier 2020, comme nous l'avons vu. Pour évaluer la licéité des frappes iraniennes, on se trouve alors devant une alternative, que l'on peut résumer comme suit. Soit on estime que l'attaque du 3 janvier avait pris fin, avec pour résultat que seules des réactions immédiates auraient pu être considérées comme « nécessaires » afin d'y mettre un terme. Soit on considère, comme l'Iran, que cette attaque n'était qu'un élément parmi d'autres illustrant de la part des Etats-Unis un comportement agressif, qui avait débuté bien avant le 3 janvier et qui n'avait pas pris fin à cette date, particulièrement au vu des déclarations bellicistes faites par le président Trump dans les jours qui ont suivi. La « nécessité » de l'opération menée par l'Iran pourrait alors s'évaluer différemment, et on pourrait parfaitement envisager que la riposte visait à mettre fin à une agression armée qui était encore en cours. Comme on l'a rappelé plus haut, la jurisprudence constante de la Cour internationale de Justice admet la possibilité de prendre en compte « une série d'attaques », sans isoler chacune d'entre elles, pour déterminer si une réaction en légitime défense est justifiée[94]. Plus généralement, évaluer ce qui est « nécessaire et proportionné » pour mettre fin à une agression armée en isolant certains actes d'autres pourrait avoir pour conséquence d'empêcher les Etats de réagir à une telle agression lorsqu'elle est composée de plusieurs opérations militaires – comme c'est souvent le cas avec l'utilisation des drones armés – et de les priver ainsi de moyens de défense dont l'effet dissuasif est indéniable, comme cette affaire semble le confirmer.

[91] Mary Ellen O'CONNELL, *op. cit.* ; Marko MILANOVIC, *op. cit.* ; Adil Ahmad HAQUE, *op. cit.*
[92] New York Times, « Khamenei Wants to Put Iran's Stamp on Reprisal for U.S. Killing of Top General », 6 janvier 2020, https://www.nytimes.com/2020/01/06/world/middleeast/iran-khamenei-general-soleimani.html.
[93] Lettre datée du 8 janvier 2020, adressée au Secrétaire général et au Président du Conseil de sécurité par le Représentant permanent de la République islamique d'Iran auprès de l'Organisation des Nations Unies, précitée.
[94] *Supra*, not. C.I.J., Affaire des *Plates-formes pétrolières*, précité, p. 191, § 64.

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

B. Une attaque iranienne en légitime défense contre l'Irak ?

Plus problématique cependant est la question de la licéité de l'attaque iranienne au regard de la souveraineté de l'Irak, lequel a protesté formellement auprès du Conseil de sécurité. Dans la lettre du 9 janvier, l'Irak dénonce « une nouvelle violation du territoire iraquien dans la nuit du 8 janvier 2020, à la suite de tirs de missiles iraniens sur des casernes abritant des membres des forces iraquiennes et des forces de la coalition internationale », et déclare que cette action « est inadmissible et constitue une violation de la souveraineté de l'Iraq, des principes de bon voisinage, des dispositions de la Charte et du droit international »[95].

Pour que la légitime défense puisse justifier des tirs de missiles iraniens sur le territoire irakien, il faudrait démontrer que cet Etat est responsable d'une agression armée contre l'Iran. Or, rien n'indique − et personne ne l'a d'ailleurs prétendu − que l'Irak puisse être tenu responsable, d'une quelconque manière, de l'opération visant Soleimani qui a, rappelons-le, également occasionné la mort de cinq ressortissants irakiens engagés au sein du *Kataeb Hezbollah* ou d'autres unités des forces populaires de mobilisation dont on a vu que l'Irak souhaitait, en adoptant le décret du 1er juillet 2019, les intégrer au sein des forces de sécurité irakiennes. Le gouvernement irakien a d'ailleurs vigoureusement condamné l'attaque des Etats-Unis comme constituant « une agression contre l'Etat, le Gouvernement et le peuple iraquiens »[96].

Certes, l'attaque visant Soleimani a sans doute été rendue possible par la présence militaire des Etats-Unis en Irak, une présence à laquelle l'Irak a consenti en 2004 et jusqu'à tout récemment comme on l'a vu. Une telle acceptation ne suffit toutefois aucunement à considérer l'Irak comme étant responsable de cette attaque et, par là-même, susceptible en retour d'en subir les réactions. Pour que ce soit le cas, il faudrait montrer que cet Etat a mis son territoire à la disposition des Etats-Unis, pour qu'il soit utilisé par ces derniers afin de perpétrer un acte d'agression contre l'Iran, comme l'indique l'article 3 f) de la définition de l'agression annexée à la résolution 3314 de l'Assemblée générale. Aucun Etat n'a émis une telle prétention et l'Irak a aussi dénoncé l'attaque états-unienne comme « une violation flagrante des conditions régissant la présence des forces américaines en Irak »[97]. Au vu de ces éléments, l'Iran n'était donc pas fondé à mener une attaque sur le territoire irakien.

[95] Lettres identiques datées du 9 janvier 2020, adressées au Secrétaire général et au Président du Conseil de sécurité par le Représentant permanent de l'Iraq auprès de l'Organisation des Nations Unies, S/2020/26.
[96] Lettres identiques datées du 6 janvier 2020, adressées au Président du Conseil de sécurité par le Représentant permanent de l'Iraq auprès de l'Organisation des Nations Unies, S/2020/15.
[97] *Ibidem*.

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

Cette analyse n'est pas remise en cause par le fait que l'attaque iranienne n'a fait aucune victime – et, en particulier, aucune victime irakienne – et qu'elle n'a ciblé aucune base militaire ou infrastructure irakienne. Elle s'est déroulée sur le territoire de l'Irak, sans que ce dernier n'y ait consenti. En cela, l'Iran a violé la souveraineté de l'Irak et le principe de l'interdiction du recours à la force énoncé par la Charte des Nations Unies. Le fait que l'Iran ait indiqué avoir prévenu l'Irak quelques minutes avant l'attaque que son territoire serait touché par des missiles, en l'assurant que seules des bases dans lesquelles des soldats états-uniens étaient présents seraient visées n'y change rien[98]. Seul un consentement clair et précis consistant pour l'Irak à accepter que l'Iran vise des cibles sur son territoire aurait pu exclure que l'attaque iranienne constitue, vis-à-vis de l'Irak, une violation du droit international. Cette analyse n'est pas affectée non plus par la déclarations formelle que l'on retrouve dans la lettre que l'Iran a envoyée au Conseil de sécurité au titre de l'article 51, par laquelle elle rappelle son « plein respect pour l'indépendance, la souveraineté, l'unité et l'intégrité territoriale de la République d'Irak »[99]. L'attaque militaire iranienne menée sur le territoire de l'Irak viole objectivement sa souveraineté et son intégrité territoriale, même si telle n'était pas son intention, ce qui est encore confirmé par l'article 3b) de la définition de l'agression, dont on a vu qu'elle couvre, sans requérir d'autre critère que ce fait objectif, le « bombardement par les forces armées d'un Etat, du territoire d'un autre Etat »[100]. Le critère de l'intention n'a très logiquement aucun impact à ce sujet car il suffirait alors aux Etats de réfuter toute visée hostile pour échapper à leurs responsabilités. En d'autres termes, ni les Etats-Unis, ni l'Iran ne peuvent utiliser l'Irak comme un champ de bataille sur lequel ils pourraient mener des opérations militaires sans le consentement des autorités de Bagdad.

III. UNE VIOLATION DES RÈGLES DU DROIT DES CONFLITS ARMÉS ET DES DROITS HUMAINS ?

Au-delà de la licéité des faits indiqués ci-dessus au regard du *jus contra bellum*, des questions tout aussi importantes se posent concernant leur conformité aux règles du droit des conflits armés et des droits humains. Agnès Callamard, rapporteuse spéciale des Nations Unies sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires a estimé que les bombardements du 3 janvier 2020

[98] Lettre datée du 16 janvier 2020, adressée au Secrétaire général et au Président du Conseil de sécurité par le Représentant permanent de la République islamique d'Iran auprès de l'Organisation des Nations Unies, S/2020/44.
[99] Lettre datée du 8 janvier 2020, adressée au Secrétaire général et au Président du Conseil de sécurité par le Représentant permanent de la République islamique d'Iran auprès de l'Organisation des Nations Unies, S/2020/19.
[100] Art. 3b) de la définition de l'agression, annexée à la résolution 3314 (XXIX), précitée.

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

« sont très probablement illégaux et violent le droit international des droits de l'homme : en dehors d'un contexte d'hostilités actives, l'utilisation de drones et d'autres moyens d'assassinat ciblé n'est presque jamais licite »[101]. Cette question implique qu'on se prononce au préalable sur l'applicabilité du droit des conflits armés aux faits de l'espèce (A). C'est sur cette base qu'on pourra évaluer la conformité des opérations militaires en cause aux dispositions pertinentes de ce droit (B).

A. Un conflit armé international entre l'Iran et les Etats-Unis … et l'Irak ?

Contrairement à ce qui est valable pour les conflits armés non-internationaux, pour lesquels il faut établir que les hostilités ont atteint un certain seuil d'intensité[102], une seule attaque suffit pour déclencher un conflit armé international. Le nouveau commentaire de la première convention de Genève du 12 août 1949[103], publié par le C.I.C.R. en 2018, confirme que :

> « [s]'agissant des conflits armés internationaux, il n'est pas exigé que l'usage de la force armée entre les parties atteigne un certain niveau d'intensité pour pouvoir conclure à l'existence d'un conflit armé. L'alinéa 1 de l'article 2 ne contient d'ailleurs aucune mention d'un quelconque seuil relatif à l'intensité ou à la durée des hostilités. […] Même des escarmouches entre les forces armées, qu'il s'agisse de forces terrestres, aériennes ou navales, déclencheraient un conflit armé international et entraineraient l'applicabilité du droit humanitaire »[104].

Dans la lettre envoyée au Conseil de sécurité le 8 janvier 2020, les Etats-Unis affirment avoir mené leur action « en riposte à une série d'attaques armées de gravité croissante que la République islamique d'Iran et les milices qu'elle soutient ont perpétrées ces derniers mois contre les forces et les intérêts des Etats-Unis au Moyen-Orient »[105]. Si l'on suit ce raisonnement et on considère que l'ensemble des actions menées contre les forces armées des Etats-Unis sont effectivement attribuables à l'Iran (ce qui comme, on l'a vu, devrait être étayé par des éléments de preuve suffisants), on peut conclure qu'un conflit armé international entre l'Iran et les Etats-Unis existait déjà avant les frappes du 3 janvier, du fait des hostilités préexistantes entre les deux parties, comme, par exemple, l'attaque du 27 décembre par le *Kataeb Hezbollah* contre une base militaire en Irak et celle du 29 décembre par les Etats-Unis contre les bases du *Kataeb Hezbollah*.

---

[101] Notre traduction ; Agnès CALLAMARD, Tweet du 3 janvier 2020, https://twitter.com/AgnesCallamard/status/1212918159096864768.
[102] Voy. not. T.P.I.Y., arrêt *Boskoski et Tarculovski*, 10 juillet 2008, § 177.
[103] Convention (I) de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, 12 août 1949.
[104] CICR, *Commentaire de la Première Convention de Genève,* 2018, §§ 236-237.
[105] Lettre datée du 8 janvier 2020, adressée au Président du Conseil de sécurité par la Représentante permanente des Etats-Unis d'Amérique auprès de l'Organisation des Nations Unies, S/2020/20, 9 janvier 2020.

© Editions A. Pedone

A supposer même que l'on se limite à l'action du 3 janvier, au vu de l'absence de seuil d'intensité concernant les conflits armés internationaux, il n'est pas difficile de conclure qu'une opération militaire menée contre l'un des principaux dirigeants du corps de gardiens de la révolution islamique ainsi que de quatre autres membres gradés de ce corps (Brigadier General Hossein Pourjafari, Colonel Shahroud Mozafarinia, Major Hadi Taremi, Captain Vahid Zamanian)[106], déclenche en lui-même un conflit international entre les Etats-Unis et l'Iran. Dans les deux cas, le résultat donc est le même : les frappes du 3 janvier sont régies par les règles du droit des conflits armés et leur licéité devra s'apprécier non seulement au regard des règles du *jus contra bellum* mais également au regard de celles du *jus in bello*. A cet égard, il est difficile de souscrire à la position, exprimée par plusieurs expertes et experts[107] selon laquelle la *première* attaque dans un conflit armé international – celle qui déclenche le conflit armé – serait exclue du champ d'application du droit international humanitaire. Cette thèse mènerait en effet à des résultats absurdes ou déraisonnables au regard de ce droit, comme par exemple l'impossibilité de poursuivre pour crime de guerre le responsable d'une première frappe massive contre des civils. Il faut donc plutôt considérer que le droit des conflits armés s'applique dès le *début* de la première attaque, c'est-à-dire au moment du commencement de son exécution : dans ce cas, le droit des conflits armés s'applique dès que ses effets se font sentir, avec comme résultat la protection accordée aux victimes potentielles de sa violation. La référence dans la lettre envoyée par l'Iran au Conseil de sécurité le 8 janvier 2020 au fait que l'opération militaire « n'a visé que des cibles militaires, a été exécutée avec précision et n'a pas fait de victimes collatérales parmi les civils ni causé de dommages à des biens civils dans le secteur » renvoie aux principes de distinction et de proportionnalité en droit des conflits armés et ainsi confirme l'existence d'un conflit armé entre les deux Etats[108].

Mais une question subsiste : qu'en est-il de l'Irak ? Tant les attaques du 27 et 29 décembre 2019, que les frappes du 3 janvier 2020, ainsi que celles de l'Iran contre les bases de la coalition internationale du 8 janvier ont été menées sur le territoire irakien. Pourrait-on considérer que l'Irak est également impliqué dans un conflit armé international et, dans l'affirmative, contre qui ?

[106] International Business Times, « Iran Threatens Revenge As It Mourns Guards Killed By US », 3 janvier 2020, https://www.ibtimes.com/iran-threatens-revenge-it-mourns-guards-killed-us-2895702.
[107] Voy. Alonso GURMENDI, « Raising Questions on Targeted Killings as First Strikes in IACs », *op. cit.* ; Agnès CALLAMARD, « The Targeted Killing of General Soleimani: Its Lawfulness and Why it Matters », *op. cit.* ; Sarah Katarina STEIN, « The targeted killing of Qassem Soleimani – a short recapitulation », *Völkerrechtsblog*, 10 janvier 2020, https://voelkerrechtsblog.org/the-targeted-killing-of-qassem-soleimani-a-short-recapitulation/.
[108] Lettre datée du 8 janvier 2020, adressée au Secrétaire général et au Président du Conseil de sécurité par le Représentant permanent de la République islamique d'Iran auprès de l'Organisation des Nations Unies, S/2020/19.

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

Si on se réfère aux lettres envoyées par les Etats-Unis et l'Iran au Conseil de sécurité citées plus haut, les frappes menées sur le territoire irakien n'étaient pas dirigées contre l'Irak. Toutefois, l'Irak a bel et bien subi des dommages matériels lors de ces opérations, qui ont également causé des victimes possédant la nationalité irakienne. A cet égard, l'élément décisif pour déterminer si l'Irak est impliqué dans un conflit armé renvoie au consentement du gouvernement irakien aux opérations mentionnées. Comme le précise le nouveau commentaire du CICR précité : « Toute opération militaire non autorisée menée par un Etat sur le territoire d'un autre Etat devrait être interprétée comme une ingérence armée dans la sphère de souveraineté de ce dernier et pourrait donc constituer un conflit armé international conformément à l'alinéa 1 de l'article 2 »[109]. Il existe en ce sens plusieurs précédents dans lesquels des Etats ont mené des opérations militaires contre des groupes armés non-étatiques sur le territoire d'Etats tiers sans leur consentement, comme par exemple l'intervention de la coalition des Etats occidentaux et arabes contre l'« Etat islamique » ou de la Turquie contre les rebelles kurdes sur le territoire de l'Irak ou de la Syrie. Dans les deux cas, il existait bel et bien un conflit armé international entre les Etats intervenants et la Syrie (ou l'Irak), malgré l'affirmation par les Etats intervenants que leurs opérations n'étaient pas dirigées contre l'Etat territorial[110]. Ainsi, en parallèle au conflit armé international qui oppose les Etats-Unis et l'Iran, les frappes du 29 décembre 2019 ont aussi déclenché un conflit armé international entre l'Irak et les Etats-Unis. De même, les frappes menées sur le territoire irakien par l'Iran ont aussi déclenché un conflit armé international, puisque l'Irak n'y a pas consenti.

Toutefois, cette qualification revêt à ce stade une portée largement théorique. En effet, les actions militaires tant des Etats-Unis que de l'Iran sont déjà régies par le droit des conflits armés du fait de l'existence d'un conflit international les opposant directement, de sorte que la superposition du conflit international avec l'Irak n'ajoute, pour le moment, rien au droit des conflits armés qui leur est déjà applicable. Reste, dans ce contexte, à se prononcer sur la licéité des opérations militaires en cause.

[109] CICR, *Commentaire de la Première Convention de Genève,* 2018, § 237.
[110] Pour l'intervention de la coalition en Syrie, voy. Vaios KOUTROULIS, « The fight against the Islamic State and *jus in bello* », *L.J.I.L.*, vol. 29, 2016, pp. 834-842 ; pour la qualification de l'opération menée en octobre 2019 par la Turquie contre les Kurdes en Syrie, voy. Beth VAN SCHAACK et Julia BROOKS, « Turkey's Actions Trigger All States' Obligations to Prosecute War Crimes by Turkish Forces. Activating the "grave breaches" regime of the Geneva Conventions », *Just Security*, 15 octobre 2019 ; Vito TODESCHINI, « Turkey's Operation "Peace Spring" and International Law », *OpinioJuris*, 21 octobre 2019, http://opiniojuris.org/2019/10/21/turkeys-operation-peace-spring-and-international-law/.

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

B. Des opérations militaires conformes au droit des conflits armés et aux droits humains ?

L'existence d'un conflit armé international entre l'Iran et les Etats-Unis implique que leurs opérations militaires doivent être conformes au droit des conflits armés. Cela ne signifie pas que ce droit est le seul applicable aux opérations en question. Il est en effet clairement établi que les règles de protection des droits humains continuent à s'appliquer en situation de conflits armés, y compris aux activités militaires menées en dehors du territoire des Etats concernés[111]. Ainsi, par exemple, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, ratifié tant par l'Iran (le 24 juin 1975) que par les Etats-Unis (le 8 juin 1992), s'applique aux attaques que ces Etats ont menées ou mèneront en Irak. C'est dès lors à la lumière de ces deux corps de règles que la licéité de ces opérations doit être analysée.

Dans un premier temps, il faut aborder la question de la licéité de l'attaque du 3 janvier. Certains Etats (Iran[112], Irak[113], Russie[114], Cuba[115] et Venezuela[116]) ont qualifié cette attaque d'« assassinat ». De même, comme on l'a déjà vu, la Rapporteuse spéciale des Nations Unies a considéré la frappe ciblée du Général Soleimani comme une violation du droit international des droits humains. Ces positions correspondent-elles au droit international, ou l'attaque constitue-t-elle plutôt un acte licite de guerre ? A notre avis, si la mort du Général Soleimani et des autres personnes l'accompagnant peut, à première vue, paraître comme un acte licite de guerre (1), tel n'est pas le cas après plus ample analyse (2).

1. Un acte de guerre licite a priori

A priori, il est clair que le général Soleimani peut être considéré comme un combattant. Le « Corps de gardiens de la révolution islamique », dont il dirigeait l'une des composantes (la force « Al-Qods »), correspond en effet à la définition

[111] Voy. C.I.J., Affaire des *Armes nucléaires*, précité, p. 240, § 25 ; C.I.J., Affaire des *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis consultatif du 9 juillet 2004, *Recueil 2004*, pp. 107-108, §§ 105-106 ; C.I.J., affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo*, précité, pp. 242-243, § 216.

[112] Lettre datée du 3 janvier 2020, adressée au Secrétaire général et au Président du Conseil de sécurité par le Représentant permanent de la République islamique d'Iran auprès de l'Organisation des Nations Unies, S/2020/13.

[113] Lettres identiques datées du 6 janvier 2020, adressées au Président du Conseil de sécurité par le Représentant permanent de l'Iraq auprès de l'Organisation des Nations Unies, S/2020/15.

[114] The Ministry of Foreign Affairs of the Russian Federation, « Press release on Foreign Minister Sergey Lavrov's telephone conversation with Iranian Foreign Minister Mohammad Javad Zarif », 4 janvier 2020, https://www.mid.ru/en/foreign_policy/news/-/asset_publisher/cKNonkJE02Bw/content/id/3989694.

[115] Cuba, « Declaracion de la Viceministra de relaciones exteriores de cuba anayansi rodríguez camejo sobre agresión de estados unidos en Irak », 3 janvier 2020, http://www.minrex.gob.cu/es/declaracion-de-la-viceministra-de-relaciones-exteriores-de-cuba-anayansi-rodriguez-camejo-sobre.

[116] République bolivarienne du Vénézuela, « Venezuela condemns US military attack in Iraq and assassination of Iranian General Qasem Soleimani », Communiqué du 3 janvier 2020, http://mppre.gob.ve/en/comunicado/venezuela-condemns-us-military-attack-in-the-republic-of-iraq/.

© Editions A. Pedone

de forces armées d'une partie au conflit telle qu'énoncée dans la règle 4 de l'étude du C.I.C.R. sur le droit international humanitaire coutumier[117] et, dès lors, le général Soleimani constitue une cible militaire légitime au sens du droit des conflits armés. Dans cette mesure, l'attaque dirigée contre celui-ci est menée en conformité avec le principe de distinction tel qu'il est énoncé dans la règle 1 de l'étude du C.I.C.R. sur le droit international humanitaire coutumier. Un raisonnement similaire peut être appliqué aux autres membres du corps de gardiens de la révolution islamique tués lors de cette frappe. Les cinq autres personnes tuées étaient soit membres du *Kataeb Hezbollah* (comme Abou Mehdi al-Mouhandis) soit appartenaient plus généralement aux Unités de mobilisation populaires (U.M.P.), une coalition paramilitaire de milices également soutenues par l'Iran[118], mais aussi affiliées aux forces armées irakiennes[119]. Il est difficile d'établir avec certitude le statut des membres de l'U.M.P. vis-à-vis de la structure militaire irakienne. Dans sa lettre transmise aux Nations Unies, le gouvernement irakien parle d'agression du fait qu'« un commandant militaire iraquien, Jamal Jaafar Mohammed (dit Abou Mehdi el-Mouhandis), qui occupait le poste officiel de chef adjoint des forces de mobilisation nationale, a été tué aux côtés d'un groupe de chefs irakiens et alliés »[120]. Le statut de ces derniers au regard de l'appareil officiel irakien demeure donc flou. Le 4 janvier, le premier ministre irakien a proclamé 3 jours de deuil national pour honorer les personnes assassinées par les Etats-Unis en Irak[121].

Dans tous les cas, la mort de ces personnes paraît justifiée de prime abord à la lumière des règles du droit des conflits armés :

- soit parce qu'elles sont associées au conflit armé avec l'Iran en tant que membres de milices appartenant à l'Iran (ce qui est le cas du *Kataeb Hezbollah*, selon la position des Etats-Unis) ;

- soit, étant donné les difficultés d'établir les liens entre le *Kataeb Hezbollah* et l'Iran, parce que les Etats-Unis sont en conflit armé non-international avec le *Kataeb Hezbollah* (pourvu que les conditions d'intensité des hostilités et d'organisation soient considérées comme étant remplies), ce qui leur permet de diriger une attaque contre les membres de ce groupe armé ;

[117] CICR, « Etude sur le droit international humanitaire coutumier », https://www.icrc.org/en/document/customary-international-humanitarian-law-rules-all-language.
[118] Newsweek, « U.S. Soldiers Under Threat as Iran Allies Join Iraq Military With Plans to Kick Americans Out », 9 mars 2018, https://www.newsweek.com/us-soldiers-under-threat-iran-allies-join-iraq-military-kick-americans-out-839255.
[119] Renad MANSOUR and Faleh A. JABAR, « The Popular mobilization forces and Iraq's future », Carnegie Middle East Center, avril 2017, https://carnegieendowment.org/files/CMEC_63_Mansour_PMF_Final_Web.pdf.
[120] Lettres identiques datées du 6 janvier 2020, adressées au Président du Conseil de sécurité par le Représentant permanent de l'Iraq auprès de l'Organisation des Nations Unies, S/2020/15.
[121] Tweet du gouvernement irakien du 4 janvier 2020, https://twitter.com/IraqiGovt/status/1213529994938535937?ref_src=twsrc%5Etfw%7Ctwcamp%5Eembeddedtimeline%7Ctwterm%5Eprofile%3AIraqiGovt%7Ctwcon%5Etimelinechrome&ref_url=https%3A%2F%2Fgds.gov.iq%2Fpm%2F).

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

- soit, dans le cadre du conflit armé international avec l'Irak, parce que les personnes visées appartiennent à la structure militaire irakienne (ce qui est certainement le cas du commandant militaire irakien dont l'assassinat est qualifié d'agression par le gouvernement irakien et, potentiellement aussi, le cas des autres « chefs irakiens » mentionnés dans la lettre du gouvernement) ;

- soit, pour les personnes dont le lien avec les parties aux conflits armés existants ne peut être établi, en tant que dommages collatéraux en vertu du principe de proportionnalité (règle 14 de l'étude du CICR sur le droit international humanitaire coutumier).

2. Un acte de traîtrise ?

Toutefois, s'il est évident qu'un combattant peut faire l'objet d'attaque pendant un conflit armé, il est généralement reconnu que « [l]es belligérants n'ont pas un droit illimité quant au choix de moyens de nuire à l'ennemi »[122], ce qui implique de s'assurer que d'autres moyens que la force létale n'aient pu être utilisés[123]. Cette condition, liée à la notion de nécessité militaire[124], est évidemment difficile à interpréter, et certains en déduisent abusivement qu'elle ne peut réduire la marge d'appréciation des Etats[125]. Mais, ce qui est généralement admis, c'est que les nécessités militaires ne peuvent justifier le fait de tuer ou blesser par traîtrise les individus appartenant à la nation ou à l'armée ennemie. Cette limite découle d'abord du Règlement de La Haye de 1907, dont l'article 23(b) prévoit qu'« il est notamment interdit […] de tuer ou blesser par trahison des individus appartenant à la nation ou à l'armée ennemie ». On la retrouve aussi dans le Statut de la Cour pénale internationale, qui définit comme crime de guerre, dans un contexte de conflit armé international, « [le] fait de tuer ou de blesser par traîtrise des individus appartenant à la nation ou à l'armée ennemie » (article 8 (2) (b) (xi)) et, dans le cadre d'un conflit armé non-international, « [le] fait de tuer ou de blesser par traîtrise un adversaire combattant » (article 8 (2) (e) (ix)). Enfin, on peut la mettre

[122] Article 22 du Règlement de La Haye de 1907.

[123] Guide interprétatif du C.I.C.R. sur la notion de « participation directe aux hostilités », 2009, pp. 80 et 84 ; Eric DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, 6e éd., Bruylant, Bruxelles, 2019, pp. 314 et ss. ; Comité des droits de l'homme, Observation n°36 sur le droit à la vie, 3 septembre 2019, CCPR/C/GC/36, § 64.

[124] Royaume-Uni, Ministère de la défense, *The Manual of the Law of Armed Conflict*, OUP, Oxford, 2004, pp. 21-22, paras. 2.2 and 2.2.1 : « Military necessity permits a state engaged in an armed conflict to use only that degree and kind of force, not otherwise prohibited by the law of armed conflict, that is required in order to achieve the legitimate purpose of the conflict, namely the complete or partial submission of the enemy at the earliest possible moment with the minimum expenditure of life and resources. […] [T]he use of force which is not necessary is unlawful, since it involves wanton killing or destruction ». Voy. aussi E. HENRY, *Le principe de nécessité militaire – Histoire et actualité d'une norme fondamentale du droit international*, Paris, Pedone, 2016, pp. 649 et suiv. ; N. MELZER, « Targeted killings or less harmful means ? – Israel's High Court judgment on targeted killing and the restrictive function of military necessity », *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 9, 2006, pp. 87-113.

[125] Voy. les critiques virulentes du guide interprétatif sur la notion de participation directe aux hostilités formulées par Michael N. SCHMITT, « The Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities: A Critical Analysis », *Harvard National Security Journal*, Vol. 1, 2010, pp. 5 et s. ; W. Hays PARKS « Part IX of the ICRC "Direct Participation in Hostilities" Study: No Mandate, no Expertise, and Legally Incorrect », *International Law and Politics*, 2010, pp. 769 et s.

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

en relation avec la notion de « perfidie » qui, au-delà de l'interprétation stricte que l'on retrouve dans l'article 37 § 1 du Premier Protocole aux Conventions de Genève[126], a été entendue par le C.I.C.R. comme le fait d'« attenter traîtreusement à la vie d'un ennemi »[127].

Mais qu'entend-on par une « traîtrise » dans un conflit armé ?

D'abord, et en dépit de la définition assez stricte de la prohibition de l'« assassinat » que l'on retrouve dans certains manuels militaires[128], il est évident que le concept plus large de « traîtrise » concerne non seulement les civils, mais aussi les combattants. Le texte des dispositions pertinentes est clair, puisqu'il renvoie à des actes perpétrés contre des « individus appartenant à la nation *ou à l'armée* ennemie » ou encore contre « un adversaire *combattant* »[129]. La circonstance que la traîtrise prohibée peut viser des combattants se reflète aussi dans certains manuels militaires, tels celui de la Nouvelle-Zélande, selon lequel constitue un crime de guerre

> « the treacherous killing or wounding of any individual belonging to the hostile nation *or army*. […] Assassination, that is, the killing or wounding of *a selected individual behind the line of battle* by enemy agents or unlawful combatants is prohibited. In addition, the proscription or outlawing or the putting of a price on the head of an enemy individual or any offer for an enemy "dead or alive" is forbidden. If prior information of *an intended assassination or other act of treachery* should reach the Party on whose behalf the act is to be committed, that Party should endeavour to prevent its being carried out »[130].

De même, le manuel militaire d'Israël prévoit que :

> « an attempt on the lives of *enemy leaders* (civilian *or military*) is forbidden. As a rule, it is forbidden to single out a specific person on the adversary's side and request his death (*whether by dispatching an assassin or by offering an award for his liquidation*) »[131].

---

[126] « Constituent une perfidie les actes faisant appel, avec l'intention de la tromper, à la bonne foi d'un adversaire pour lui faire croire qu'il a le droit de recevoir ou l'obligation d'accorder la protection prévue par les règles du droit international applicable dans les conflits armés » (Protocole additionnel (I) aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux, article 37§1, *R.T.N.U.*, vol. 1125, p. 290).

[127] CICR, Base de données sur le DIH coutumier, https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/fre/docs/v1_rul_rule65 ; J.-M. HENCKAERTS et L. DOSWALD-BECK, *Droit international humanitaire coutumier*, Volume I : Règles, Cambridge, CUP, 2006, p. 302. Voy. aussi Y. DINSTEIN, *The conduct of hostilities under the law of international armed conflict*, 2e éd., 2010, Cambridge, CUP, 230.

[128] Voy, parmi d'autres exemples, Australie, Manuel du droit des conflits armés, 2006, cité *in* CICR, Base de données sur le DIH coutumier, https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_cou_au_rule65_sectionb.

[129] Nous soulignons.

[130] Nous soulignons ; Nouvelle Zélande, *Interim Law of Armed Conflict Manual* (1992), cité *in* CICR, Base de données sur le DIH coutumier, https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/cihlweb_fre_1.nsf/docindexeng-print/v2_cou_il_rule65_sectionb.

[131] Nous soulignons ; Israel's Manual on the Laws of War (1998), cité *in* CICR, Base de données sur le DIH coutumier, https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/cihlweb_fre_1.nsf/docindexeng-print/v2_cou_il_rule65_sectionb.

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

Ces définitions indiquent clairement que, d'une part, la notion de traitrise couvre bien les actes d'assassinat et, d'autre part, les combattants peuvent être les victimes de tels actes.

A la lecture de ces définitions, la pratique des exécutions extrajudiciaires ciblées comme celle qui a été fatale à Qassem Soleymani semble problématique. Il en est spécialement ainsi au vu de son statut, qui s'apparente indéniablement à l'un des plus hauts dirigeants de l'Etat. Il est important de souligner à cet égard que, comme le rappelait le *New York Times*[132], la dernière fois que les Etats-Unis ont visé directement un chef militaire d'un Etat étranger de haut rang remonte au 18 avril 1943, date de l'exécution de l'amiral japonais Isoroku Yamamoto[133]. Depuis lors, aucun acte similaire n'a eu lieu, les exécutions extrajudiciaires visant plutôt des responsables ou dirigeants de groupes privés, le plus souvent qualifiés de terroristes[134]. Cette abstention de la part des Etats d'assumer une action visant à exécuter des dirigeants civils et militaires d'Etats étrangers vient en appui de l'interprétation selon laquelle une telle action serait problématique à l'aune des règles du droit des conflits armés. C'est dans ce contexte que plusieurs spécialistes ont qualifié l'exécution du général Soleimani d'« assassinat »[135]. La possibilité que cette attaque ait eu lieu au moment où Soleimani voyageait en Irak à l'occasion d'une mission diplomatique accentue le caractère litigieux de la frappe. En effet, le premier ministre irakien a déclaré que la visite de Soleimani en Irak s'inscrivait dans le cadre des négociations avec l'Arabie saoudite menées avec la médiation de l'Irak[136]. Un diplomate iranien a aussi confirmé que Soleimani était en Irak en mission diplomatique[137]. Cette information a été rapidement démentie par les Etats-Unis, le secrétaire d'Etat, Mike Pompeo, déclarant le 7 janvier que les Etats-Unis « savent que ceci n'est pas vrai »[138].

Comme nous l'avons indiqué plus haut, il est difficile de vérifier la véracité de cette information. Cela étant, les personnes qui participent à des négociations en vue de la résolution d'un conflit ne peuvent pas être considérées comme des cibles

[132] New York Times, « As Tensions With Iran Escalated, Trump Opted for Most Extreme Measure », 4 janvier 2020, https://www.nytimes.com/2020/01/04/us/politics/trump-suleimani.html.
[133] New York Times, « As Tensions With Iran Escalated, Trump Opted for Most Extreme Measure », 4 janvier 2020, https://www.nytimes.com/2020/01/04/us/politics/trump-suleimani.html.
[134] Voy. not. Nils MELZER, *Targeted Killings in International Law*, Oxford, O.U.P., 2008.
[135] Voy. Associated Press, « Was the drone attack on Iranian general an assassination ? », 4 janvier 2020, https://apnews.com/1f914021bc802931059746a5ce8a192e ; Foreign Policy, « Assassination, Extrajudicial Execution, or Targeted Killing—What's the Difference ? », 10 janvier 2020, https://foreignpolicy.com/2020/01/10/targeted-killing-assassination-extrajudicial-execution-targeted-killing-illegal-trump-iran-suleimani/.
[136] CNN, « Iraqi Prime Minister was scheduled to meet Soleimani the morning he was killed », 6 janvier 2020, https://edition.cnn.com/middleeast/live-news/us-iran-soleimani-tensions-live-intl-01-05-20/h_7c821d1eb7c75ce4b103f0e8020a35e1.
[137] I24News, « Slain Soleimani headed to Iraq as part of Riyadh rapprochement effort, Iran diplomat claims », 4 février 2020, https://www.i24news.tv/en/news/international/middle-east/1580832597-slain-soleimani-headed-to-iraq-as-part-of-riyadh-rapprochement-effort-iran-diplomat-claims.
[138] BBC News, « Pompeo: 'Soleimani was not on diplomatic mission' », 7 janvier 2020, www.bbc. com/news/av/world-us-canada-51025794/pompeo-soleimani-was-not-on-diplomatic-mission (notre traduc-tion).

© Editions A. Pedone

militaires légitimes pendant la durée des négociations, même si elles sont membres de forces armées. On retrouve cette idée dans la très ancienne règle stipulant l'inviolabilité des parlementaires, énoncée déjà au Règlement de La Haye de 1907[139]. L'esprit de la règle implique que cette inviolabilité devrait avoir une portée *erga omnes*, en d'autres termes qu'elle devrait se concevoir non seulement à l'égard de l'Etat partie au conflit mais également à l'égard des Etats tiers. A défaut, n'importe quel chef militaire (notion qui inclut les personnes politiques qui agissent en tant que chefs des forces armées tel, par exemple, le président des Etats-Unis) pourrait être tué à n'importe quel moment par un Etat avec lequel son pays est en guerre, même quand il ou elle participe à un sommet diplomatique. A nouveau, l'absence de toute pratique en ce sens semble confirmer le fait que les Etats ont la conviction qu'il s'agirait d'une action proscrite par le droit international. La réaction du secrétaire d'Etat des Etats-Unis au sujet de la mission diplomatique de Soleimani est indicative à cet égard : les Etats-Unis n'ont pas affirmé que, du fait de son statut de combattant, Soleimani demeurait une cible militaire légitime même en étant en mission diplomatique ; ils n'ont pas allégué non plus que cette prétendue mission était informelle, concernait un autre conflit ou ne leur était pas communiquée. Ils ont nié l'existence d'une telle mission. Un tel discours tend à confirmer que, à supposer que Soleimani voyageait dans le cadre d'une mission diplomatique en Irak, les frappes du 3 janvier étaient bel et bien contraires aux règles du droit des conflits armés.

Si ces frappes sont effectivement contraires au droit international humanitaire, elles constitueront également une violation des règles des droits humains, en particulier le droit à la vie. Comme on l'a vu ci-avant, le Pacte international des droits civils et politiques reste applicable en temps de conflit armé et, comme le relève une doctrine abondante, il doit être respecté par les Etats parties y compris lorsqu'ils mènent ce qu'on appelle des « targeted killings »[140]. Or, l'article 6 du Pacte interdit la privation « arbitraire » de la vie. Sur ce point, en application du principe d'interprétation conciliante énoncée dans l'article 31 § 3c) de la convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, les règles des droits humains doivent être interprétées à la lumière de ce que prévoit le droit international humanitaire. Dans un contexte de conflit armé, le droit humanitaire déterminera ce que constitue une privation *arbitraire* de la vie[141]. Et si l'on considère que les frappes du 3 janvier sont contraires au droit des conflits armés, alors les frappes en question constituent de ce fait également une privation « arbitraire » de la vie contraire à l'article 6 du Pacte des droits civils et politiques.

[139] Article 32 ; v. aussi règle 67 de l'étude du C.I.C.R. sur le droit international humanitaire coutumier.
[140] Voy. not. Nils MELZER, *Targeted Killing in International Law*, *op.cit.*, pp. 124 et s. ; Christof HEYNS, Rapporteur spécial sur les exécutions judiciaires, sommaires ou arbitraires, A/68/382, 13 sept. 2013, p. 12, § 51.
[141] Comité des droits de l'homme, Observation générale n° 36 du Comité des droits de l'homme, préc., § 64.

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

CONCLUSIONS

Selon certaines sources, le Premier ministre irakien aurait, le jeudi 9 janvier dernier, demandé par téléphone au Secrétaire d'Etat des Etats-Unis, Mike Pompeo, d'entamer les préparatifs d'un retrait des forces de son pays du territoire de l'Irak. Cette demande aurait été sèchement rejetée par Washington[142]. Si ce refus de retrait se confirmait, les Etats-Unis seraient, quelles que soient les controverses qui peuvent concerner la licéité de leurs actions militaires des 29 décembre 2019 et 3 janvier 2020 au regard de la souveraineté de l'Irak, désormais responsables d'un acte d'agression, et même d'une véritable occupation (art. 3a) et e) de la définition de l'agression annexée à la résolution 3314 (XXIX) de l'Assemblée générale des Nations Unies). Une telle situation pourrait de prime abord conforter les propos annonçant la « mort du droit international » après les frappes du 3 janvier[143]. Cela étant, si la crise actuelle marque indéniablement une remise en cause du droit international, spécialement dans la mesure où deux Etats (les Etats-Unis et l'Iran) estiment pouvoir utiliser un troisième (l'Irak) comme champ de bataille, il ne s'agit peut-être pas d'un précédent aussi exceptionnel que cela. Il suffit de penser au conflit entre le Rwanda et l'Ouganda qui se déroulait sur le territoire de la République démocratique du Congo en 2000, par exemple, ou plus récemment (même si la situation est différente), aux interventions militaires menées par les Etats de la coalition ainsi que par la Turquie en Syrie, sans compter les innombrables cas dans lesquels des actions militaires ont été menées en violation manifeste de l'interdiction du recours à la force (Yougoslavie en 1999, Irak en 2003, Ukraine en 2014, …). Dans ce contexte, il serait sans doute excessif de pointer le 3 janvier 2020 comme une date décisive, sans compter que proclamer la « mort » du droit international supposerait une sorte de consensus sur ce sujet de la part des Etats, alors que tel est loin d'être le cas à l'heure actuelle. On relèvera en ce sens que, le 9 janvier dernier, les membres du Conseil de sécurité ont adopté une déclaration reconnaissant « l'importance cruciale que revêt la Charte dans le maintien de la paix et de la sécurité internationales et le développement du droit international, y compris les principes qui régissent les relations entre Etats en vue d'aider à prévenir le fléau de la guerre », et ajoutant que « tous les Etats et toutes les organisations internationale et régionales et autres doivent respecter [le Charte] »[144]. Sur le papier, mais on sait qu'en droit les paroles comptent autant voire parfois plus que les gestes, personne, pas même l'administration Trump, ne remet en cause la Charte des Nations Unies en général et l'interdiction du recours à la force en particulier.

[142] CNN, « Pompeo dismisses Iraqi request to work on plan to withdraw US troops », 12 janvier 2020, https://edition.cnn.com/2020/01/10/politics/iraq-pompeo-troop-withdrawal-mechanism/index.html.
[143] Voy. les propos de Stéphane RIALS, RT France, « Interdit d'interdire : USA - Iran : la guerre est-elle déclarée ? », 9 janvier 2020, https://francais.rt.com/magazines/interdit-d-interdire/69993-iran-usa-la-guerre- est-elle-declaree?fbclid=IwAR1GVKYYX3R9nTHmeTJCrYY_drjS4K1Krzpm3Zemvm6oMoYs z0eSl1xDHns.
[144] Déclaration du Président du Conseil de sécurité, 9 janvier 2020, S/PRST/2020/1.

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

Certains aspects de la crise pourraient même témoigner d'un certain espoir pour le droit international de dépasser le seul ordre du discours, comme l'attestent ces propos du président Trump revenant sur son annonce d'ordonner la destruction de biens culturels en Iran. Une telle destruction aurait bien évidemment été totalement contraire au droit international[145], comme l'ont relevé plusieurs spécialistes ou responsables politiques[146]. Prenant acte de ces avertissements, Donald Trump a affirmé que : « We are, according to various laws, supposed to be very careful with their cultural heritage … *And you know what? If that's what the law is, I like to obey the law* »[147]. A notre connaissance, aucun président des Etats-Unis n'a jamais osé une déclaration d'amour aussi émouvante en faveur du droit international. Il ne faut décidément jamais désespérer de l'espèce humaine, même lorsqu'on a l'impression que certains de ses représentants la mènent à sa perte, directement, en prenant parfois le risque d'une escalade guerrière potentiellement apocalyptique, ou indirectement, à défaut de préférer s'attaquer par des moyens pacifiques à des problèmes comme ceux du dérèglement climatique ou des inégalités croissantes dans le monde…

RÉSUMÉ

Au vu des faits tels qu'ils ont été rapportés dans les médias, les frappes respectives des Etats-Unis et de l'Iran en Irak les 3 et 8 janvier dernier posent de sérieux problèmes au regard du droit international existant. L'exécution de Qassem Souleimani ne semble pas pouvoir être justifiée au nom de la légitime défense, les incidents antérieurs invoqués par les Etats-Unis n'atteignant pas le seuil d'une « agression armée » au sens de l'article 51 de la Charte. La riposte iranienne remplit sans doute les conditions énoncées par ce dernier vis-à-vis des Etats-Unis, mais pas de l'Irak, qui a également été touché par les frappes. Sur le plan du droit international humanitaire et des droits humains, enfin, l'exécution extrajudiciaire de Soleimani paraît à première vue licite, dans la mesure où il s'agit d'un combattant et où la frappe était ciblée. Cependant, on peut se demander si, au vu de son rang élevé dans la hiérarchie iranienne et de la mission diplomatique qu'il aurait pu effectuer au moment de l'attaque, cette exécution ne peut pas être assimilée à un assassinat, proscrit pat le droit des conflits armés.

[145] Voy. les règles 38 et suivants de l'Etude du CICR sur le D.I.H. coutumier et article 8(2)(b)(ix) et 8(2)(e)(iv) du Statut de la Cour pénale internationale.
[146] Héloïse GOODLEY, « Trump's Threat to Target Iran's Cultural Heritage Is Illegal and Wrong », Chattam House, 7 janvier 2020, https://www.chathamhouse.org/expert/comment/trump-s-threat-target-iran-s-cultural-heritage-illegal-and-wrong ; John BELLINGER, « Attacking Iran's Cultural Sites Would Violate the Hague Cultural Property Convention », *Lawfare*, 5 janvier 2020, https://www.lawfareblog.com/attacking-irans-cultural-sites-would-violate-hague-cultural-property-convention. Mark T. ESPER, Secrétaire à la Défense des Etats-Unis, a également indiqué que de telles frappes ne seraient pas permises par le droit international (New York Times, « Pentagon Rules Out Striking Iranian Cultural Sites, Contradicting Trump », 6 janvier 2020, https://www.nytimes.com/2020/01/06/us/politics/trump-esper-iran-cultural-sites.html.
[147] CNN News, 7 janvier 2020, https://www.youtube.com/watch?v=GebHtdjPza0.

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

ABSTRACT

Based on the facts reported in the media, the strikes conducted by the United States and Iran in Iraq on 3 and 8 January respectively pose serious problems under existing international law. The execution of Qassem Souleimani does not appear to be justifiable in the name of self-defence, as the previous incidents invoked by the United States do not meet the threshold of an "armed attack" within the meaning of Article 51 of the Charter. The Iranian response undoubtedly meets the conditions set out by this article vis-à-vis the United States, but not vis-à-vis Iraq, which was also affected by the strikes. Finally, from the standpoint of international humanitarian law and human rights law, the extrajudicial execution of Soleimani appears at first sight lawful insofar as he is a combatant and the strike were targeted. However, it can be argued that, in view of his high rank in the Iranian military hierarchy and the diplomatic mission he was allegedly carrying out at the time of the attack, this execution can be assimilated to an assassination prohibited by the law of armed conflict.

RESUMEN

Basándose en los hechos de los que han informado los medios de comunicación, los ataques realizados por Estados Unidos e Irán en Irak el 3 y el 8 de enero, respectivamente, plantean graves problemas en Derecho Internacional. La ejecución de Qassem Souleimani no parece justificarse por medio de la legítima defensa, ya que los incidentes anteriores, invocados por Estados Unidos no reúnen los requisitos de un "ataque armado" en el sentido previsto por el artículo 51 de la Carta de Naciones Unidas. La respuesta iraní cumple indudablemente las condiciones establecidas en este artículo respecto de Estados Unidos, pero no en cuanto a Irak, que también se vio afectado por los ataques. Por último, desde el punto de vista del Derecho Internacional Humanitario y de las normas de Derechos Humanos, la ejecución extrajudicial de Soleimani parece a primera vista lícita en la medida en que es un combatiente y que el ataque fue un objetivo. Sin embargo, puede afirmarse que, habida cuenta de su alto rango en la jerarquía militar iraní y de la misión diplomática que presuntamente estaba llevando a cabo en el momento del ataque, esta ejecución puede asimilarse a un asesinato prohibido por el Derecho de los conflictos armados.

© Editions A. Pedone

NOTE

UN ADIEU AU DROIT INTERNATIONAL PUBLIC ?
A PROPOS D'UNE DÉCLARATION AMÉRICAINE RELATIVE AUX COLONIES ISRAÉLIENNES EN CISJORDANIE ET DE SES SUITES

Denis ALLAND
Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2)

Une déclaration « politique » peut en dire long sur les représentations du droit international que s'en fait son auteur. Celle du 18 novembre 2019 du Secrétaire d'Etat américain Mike Pompeo au sujet des colonies israéliennes en Cisjordanie en est l'illustration ambiguë. Par un oxymore retentissant, elle propose en effet de considérer que, sous la condition d'être jugées en dehors de toute référence au droit international, ces colonies peuvent être considérées comme « non incompatibles » avec celui-ci… Cette déclaration de presse porte sur divers sujets d'actualité internationale (Iran, Irak, Israël, Hong Kong) mais c'est la question de la Cisjordanie qui a retenu le plus l'attention[1]. Il est vrai qu'aucun professeur de droit international n'aurait la cruauté de donner comme sujet d'examen à ses étudiants le commentaire de ce texte et l'analyse qu'il retient du processus de colonisation poursuivi par Israël depuis des années. Aussi pourrait-on se demander s'il est bien utile de se livrer à l'exégèse du discours prononcé par un personnage se targuant – on ne dira pas « toute honte bue » puisqu'il semble que la honte n'ait plus guère de place ici – de « mentir, tricher et voler »[2]. Il reste qu'en droit international les déclarations faites au cours d'une conférence de presse par un Secrétaire d'Etat sont imputables aux Etats-Unis et justiciables d'une analyse au regard de ce droit (d'autant qu'il en est beaucoup question dans le propos de M. Pompeo). La déclaration de

[1] *https://www.state.gov/secretary-michael-r-pompeo-remarks-to-the-press/* Les extraits de la déclaration et des réponses aux questions de la presse sont reproduits dans la partie « Documents », cette *Revue*, *infra* pp. 219-221.
[2] Voir la conférence pleine de bonne humeur (et très applaudie) de M. POMPEO en avril 2019 : *https://www.youtube.com/watch?v=DPt-zXn05ac&feature=youtu.be*

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

novembre dernier présente donc toute la pertinence voulue au point de vue d'une analyse de droit international. Elle suscite aussi, malheureusement, une légitime inquiétude quant à la place et au rôle assignés à ce dernier par les Etats-Unis.

La surprenante netteté de l'affirmation selon laquelle les colonies israéliennes en Cisjordanie « ne sont pas incompatibles en elles-mêmes avec le droit international » présente une réelle difficulté pour l'interprète en raison des obstacles qu'oppose « l'irrationnel construit » – si l'on peut dire – d'un propos contradictoire consistant à apprécier les implantations israéliennes au regard du droit international tout en rejetant simultanément toute référence à ce dernier. C'est pourquoi j'ai évoqué un oxymore. Malgré cela, il n'est pas impossible de distinguer deux temps dans ce discours. Dans un premier mouvement qui occupe les deux tiers au moins du propos, la position étatsunienne fait référence au – et analyse le – « droit international » (prudemment, sans autre précision). On admettra qu'il est difficile de faire autrement dès lors qu'il s'agit d'affirmer une « absence d'incompatibilité » entre le processus de colonisation israélienne et le droit international. C'est une formule négative, il est vrai, qui est employée. Evitant de parler de franche compatibilité, peut-être l'« absence d'incompatibilité » vise-t-elle à ménager les esprits dans la présentation de la position étatsunienne laquelle, tout en reflétant des décennies de pratique, est ici labellisée comme « nouvelle » ? Dans un second mouvement plus lapidaire où l'on sent son auteur plus à l'aise – allez savoir pourquoi ! – la déclaration écarte au contraire toute discussion se plaçant sur le terrain juridique.

PREMIER MOUVEMENT, PREMIÈRE OBSERVATION : L'ÉGOCENTRISME RENFORCÉ DE LA DÉCLARATION

M. Pompeo part de l'idée que la question de la conformité ou non au droit international – pardon, de « l'absence d'incompatibilité » – de la colonisation israélienne dépend exclusivement de la façon dont s'expriment les Etats-Unis sur le sujet. C'est littéralement ce que l'on appelle un « point de vue ». Toute source – autre que les déclarations unilatérales des Présidents étatsuniens – pouvant prétendre au statut de référence imaginable dans un tel examen est purement et simplement ignorée. Le monde extérieur à la Maison Blanche, à supposer qu'il y en ait un, est écarté au seul bénéfice des positions adoptées par l'administration américaine, essentiellement par la bouche des Présidents successifs. En substance tel est le propos :

1°) Carter s'est égaré dans un jugement d'incompatibilité avec le droit international de la colonisation.

2°) Mais en 1981 « Reagan a contredit cette conclusion ». L'affirmation ne prouve rien s'agissant de l'état du droit international bien sûr ; de surcroît elle occulte, paraît-il, les précisions apportées dans cette même déclaration selon

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

laquelle la poursuite de la colonisation des territoires palestiniens occupés à partir de la guerre de 1967 serait « peu judicieuse » et « inutilement provocatrice » et devrait appeler un gel[3]. Certes seul le caractère inopportun, voire maladroit, de la colonisation était alors mis en cause. C'est donc en vain qu'on scruterait une condamnation de principe ; le propos de Reagan ne ruisselait donc pas d'un humanisme excessif qui eût par ailleurs été étonnant venant de l'initiateur d'une guerre contre le « terrorisme » qui a fait des centaines de milliers de morts en Amérique latine.

3°) Hélas, des décennies d'approche « prudente et bipartisane » ont été remises en cause par l'administration du Président Obama, notamment du temps de John Kerry. Minimisant la portée de l'erreur commise alors, M. Pompeo fait remarquer, il est vrai, que cela s'était produit dans l'apocalypse de la « toute fin de l'administration précédente ».

Peu importe : qui prendra au sérieux cette idée que quelque chose a profondément changé dans l'approche étatsunienne du processus de colonisation israélienne ? Il est vrai que lors de cette calamiteuse fin de règne, le monde avait pu s'émouvoir de l'*abstention* des Etats-Unis au Conseil de sécurité lors du vote de la résolution 2234 du 23 décembre 2016 condamnant pour la énième fois la politique de colonisation illicite d'Israël[4]. Mais que l'on nous ait incité à être bouleversés par une *abstention* et qu'on y ait vu la marque d'un progrès extraordinaire[5] en dit assez long sur le point où en est arrivée l'opinion relayée par les médias. La vérité est que la divergence de vues entre les Présidents successifs suggérée par M. Pompeo est très largement forcée. S'agissant des colonies d'Israël, n'oublions pas que le Président Obama – grand admirateur de Reagan – avait modestement dit dans son célèbre et émouvant discours du Caire de 2009 : « Les Etats-Unis n'acceptent pas la légitimité de la *continuation* des colonies israéliennes »[6]. Les colonies et infrastructures existantes sont légitimes donc, seule la poursuite ne le serait pas ? Cette veine argumentaire est assez traditionnelle dans l'administration étatsunienne. Ainsi par exemple, le Président Obama a-t-il souvent été présenté comme « hostile » à l'intervention en Irak. Pourtant ce dernier a surtout condamné cette intervention comme erreur stratégique et coûteuse initiative, non comme un fait gravement illicite et condamnable en lui-même, ce que sont certainement une agression armée et la quasi-destruction d'un Etat. La publication récente des *Afghanistan Papers* montre encore de quelle façon l'administration étatsunienne « déplore » les

[3] Cité par *https://lemonde.co.il/actualites-israel/tel-avivre/encore-un-geste-historique-de-ladministration-trump-envers-israel/*. Je n'ai pas retrouvé trace de cette intervention mais comme on va le voir, cela n'a guère d'importance.
[4] Cette *Revue,* « Chronique des faits internationaux », n° 2017/2.40.
[5] V. par ex. *http://www.slate.fr/story/132875/obama-netanyahou-israel-resolution*
[6] https://www.lesechos.fr/2009/06/le-discours-de-barack-obama-au-caire-texte-et-video-474105.

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

choses : tout cela « pour rien », que d'argent et d'efforts dépensés « en vain »[7]… comprenons que dans le cas contraire, il n'y aurait rien à déplorer. Au final, on peinera beaucoup à voir dans la récente déclaration de M. Pompeo un revirement politique radical ; prétendant « renverser » la position de l'administration Obama, la seule chose qu'il renverse, ce sont les principes les plus fondamentaux du droit international public.

L'égocentrisme de la position étatsunienne se manifeste encore dans le vibrant label « bipartisan » gravement attribué à ce prétendu usage quasi coutumier consistant à approuver et encourager la conduite illicite de l'Etat d'Israël : le Secrétaire d'Etat s'exprime comme si la convergence entre les Républicains et les Démocrates, irradiant une communauté internationale naturellement émue du consensus entre deux partis étatsuniens que la plupart des habitants de la planète ne sauraient pas distinguer l'un de l'autre, suffisait à elle seule à hisser la colonisation au rang de vertu.

PREMIER MOUVEMENT, DEUXIÈME OBSERVATION : UNE DÉCLARATION QUI REPOSE SUR UNE ÉTUDE ATTENTIVE DE TOUS LES ÉLÉMENTS DU DÉBAT JURIDIQUE

M. Pompeo précise qu'il ne parle pas à la légère – ce dont il n'y a pas lieu de douter malheureusement – et entend convaincre du sérieux de la prétendue « nouvelle » position étatsunienne en précisant que c'est après une étude attentive « de tous les aspects du débat juridique » que, comme l'avait bien vu Reagan, il est conclu que « l'implantation de colonies civiles israéliennes en Cisjordanie n'est pas en elle-même incompatible avec le droit international ». Etant donné que les éléments sur lesquels cette étude attentive est fondée ne semblent pas appelés à être précisés, il faut supposer que ce qui est évoqué dans la suite immédiate du discours de M. Pompeo tend à « démontrer » de quelle façon l'administration est parvenue à ce constat de compatibilité – pardon à nouveau, d'« absence d'incompatibilité » – de la colonisation avec le droit international.

D'abord, dit-il, il existe des recours devant les tribunaux israéliens qui examinent au cas par cas chaque situation. Voilà qui devrait pleinement rassurer les ruinés, les démolis et les expulsés. Ensuite, il paraît clair à M. Pompeo que la question du statut final de la Cisjordanie n'est pas en cause ici. Quelques mots d'explication eussent été bienvenus pour que l'on voie mieux par quel prodige ce statut pourrait n'être affecté en rien par la durable entreprise d'implantation

[7] « Qu'avons-nous obtenu pour cet effort d'un billion [mille milliards] de dollars ? Cela valait-il un billion de dollars ? » se demande Jeffrey EGGERS, un ancien membre des Navy Seals, une unité spéciale de la marine », Actualités Afghanistan Papers, *https://www.madaniya.info/2020/02/10/afghanistan-papers/*.

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

poursuivie par Israël depuis des années, surtout si elle est appelée à se développer encore et encore, jusqu'à transformer plus avant la Palestine en véritables bantoustans. Dans les réponses aux questions, M. Pompeo dit avoir livré une « interprétation juridique » et insiste : « Ce que nous avons fait ici, c'est effectuer une analyse juridique. Nous avons pris le droit international, nos juristes l'ont examiné »[8]. De plus, ajoute le Secrétaire d'Etat renouant avec l'argumentation « anti-précédent » de l'administration étatsunienne à l'occasion de sa reconnaissance enthousiaste de l'indépendance du Kosovo lors de sa sécession d'avec la Serbie, la position adoptée vis-à-vis de la Cisjordanie ne préjuge en rien de celle qui pourrait être adoptée s'agissant d'autres situations dans le monde (par exemple, peut-on supposer, là où une politique « d'implantation » se ferait au détriment d'un allié ou d'un client des Etats-Unis). Il doit donc être bien entendu que seules les colonies de peuplement *israéliennes* ne sont pas reconnues *par les Etats-Unis* comme incompatibles avec le droit international. Pareille affirmation ne saurait effectivement être remise en cause, puisque, sans aucun doute, seuls les Etats-Unis sont en mesure de dire de quelle façon ils interprètent la situation en Palestine en particulier et le droit international en général. Il reste à voir de quelle façon le reste du monde l'interprète. Sur la question en cause ici, les réactions de la « communauté internationale » – non réduite aux seuls Etats-Unis – permettront de se faire une idée des principes juridiques auxquels les autres Etats persistent à demeurer attachés. Il n'est pas audacieux de prédire/espérer que, malgré les complaisances d'Etats clients ou trop faibles pour oser objecter, les oppositions aux prétentions des Etats-Unis sur ce sujet ne seront pas rares[9].

En effet, pour étayer l'interprétation étatsunienne du droit international, si profondément examiné par l'administration de M. Pompeo, il faut consentir de sérieux efforts de révision. Voici quelques exemples de ce qu'il faudrait démontrer :

1 - l'article 2 § 4 de la Charte des Nations Unies n'interdit pas l'invasion, l'occupation et finalement l'annexion (v. *infra*) de territoires étrangers par la force ;

[8] V. *infra* « Documents », pp. 219-221.

[9] A cet égard, on jugera bien décevante la réaction française car – avant même d'avoir examiné le plan « Vision » puisqu'elle promet de « l'étudier avec attention » – cette déclaration a été publiée sur le site du Quai d'Orsay : « La France salue les efforts du président Trump et étudiera avec attention l plan de paix qu'il a présenté. Elle exprime sa conviction que la solution à deux Etats, en conformité avec le droit international et les paramètres internationalement agréés, est nécessaire à l'établissement d'une paix juste et durable au Proche-Orient. Elle continuera d'agir en ce sens en lien avec les Etats-Unis, ses partenaire européens, et tous ceux qui peuvent contribuer à la réalisation de cet objectif. Elle restera attentive au respect et à la prise en compte des aspirations légitimes des Israéliens comme des Palestiniens », *https://www.diplomatie.gouv.fr/fr/dossiers-pays/israel-territoires-palestiniens/processus-de-paix/evenements/article/plan-de-paix-du-president-des-etats-unis-d-amerique-declaration-de-la-porte*. Que dira la France après avoir « étudié avec attention » ce texte ?

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

2 - les résolutions du Conseil de sécurité, adoptées ou non dans le cadre du chapitre VII de la Charte, n'ont pas de valeur juridique, ce qui justifie :

- l'absence de pertinence (ou du moins de l'interprétation qui en est massivement donnée) de la résolution 242 de 1967 du Conseil de sécurité (adoptée à l'unanimité sous l'administration Johnson) exposant que

> « l'accomplissement des principes de la Charte exige l'instauration d'une paix juste et durable au Moyen-Orient qui devrait comprendre l'application des deux principes suivants :
> i) Retrait des forces armées israéliennes des territoires occupés lors du récent conflit ;
> ii) Cessation de toutes assertions de belligérance ou de tous états de belligérance et respect et reconnaissance de la souveraineté, de l'intégrité territoriale et de l'indépendance politique de chaque Etat de la région et de leur droit de vivre en paix à l'intérieur de frontières sûres et reconnues à l'abri de menaces ou d'acte de force » ;

- la mise à l'écart de la résolution 298 de 1971 (vote positif de l'administration Nixon) par laquelle le Conseil de sécurité, après avoir rappelé une fois de plus que «le principe que l'acquisition d'un territoire par la conquête militaire est inadmissible », a condamné ces mesures et a conclu que :

> « toutes les dispositions législatives et administratives prises par Israël en vue de modifier le statut de la ville de Jérusalem, y compris l'expropriation de terres et de biens immeubles, le transfert de populations et la législation visant à incorporer la partie occupée, sont totalement nulles et non avenues et ne peuvent modifier le statut de la ville »

- la mise sous le boisseau des résolutions adoptées sous l'administration Carter, naturellement : R. 446 de 1979 (abstention des Etats-Unis) demandant « à Israël en tant que puissance occupante de respecter scrupuleusement » [la quatrième convention de Genève, et]

> « de rapporter les mesures qui ont déjà été prises et de s'abstenir de toute mesure qui modifierait le statut juridique et le caractère géographique des territoires arabes occupés depuis 1967, y compris Jérusalem, et influerait sensiblement sur leur composition démographique, et en particulier de ne pas transférer des éléments de sa propre population civile dans les territoires arabes occupés »,

R. 452 de 1979 (abstention des Etats-Unis), R. 465 de 1980 (adoptée à l'unanimité), par laquelle le Conseil de sécurité a affirmé

> « que toutes les mesures prises par Israël pour modifier le caractère physique, la composition démographique, la structure institutionnelle ou le statut des territoires palestiniens et des autres territoires arabes occupés depuis 1967, y compris Jérusalem, ou de toute partie de ceux-ci *n'ont aucune validité en droit et que la politique et les pratiques d'Israël consistant à installer des éléments de sa population et de nouveaux immigrants dans ces territoires constituent une violation flagrante* de la Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre et font en outre gravement obstacle à l'instauration d'une paix d'ensemble, juste et durable au Moyen-Orient »,

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

R. 478 de 1980 condamnant comme contraire au droit international la loi fondamentale adoptée par la Knesset modifiant le statut de Jérusalem (abstention des Etats-Unis), ainsi que de la résolution 497 de 1981 à propos du Golan (adoptée à l'unanimité)

> « *Réaffirmant* que l'acquisition de territoire par la force est inadmissible […] *Décide* que la décision prise par Israël d'imposer ses lois, sa juridiction et son administration dans le territoire syrien occupé des hauteurs du Golan est nulle et non avenue et sans effet juridique sur le plan international ; »

3 – les résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies sont des textes qui non seulement partagent avec celles du Conseil de sécurité le fait d'être dépourvues de valeur juridique, mais encore ne contiennent rien qui s'oppose à la position israélienne en ce qui concerne les territoires occupés : certainement pas la résolution 181 (II), enterrée depuis longtemps quoique contenant le principe même de l'existence de deux Etats avec le Plan de partage, ni les très nombreuses et inutiles autres résolutions de ladite Assemblée sur le sujet, on le comprend, pas plus que la résolution 2625 (XXV) dite « Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre Etats », reconnue à tort par la jurisprudence comme codificatrice du droit coutumier et soulignant entre autres choses que «[n]ulle acquisition territoriale obtenue par la menace ou l'emploi de la force ne sera reconnue comme légale » ;

4 – est sans valeur l'avis – puisque simple avis ne pouvant faire contrepoids à celui du Département d'Etat américain – de la Cour internationale de Justice du 9 juillet 2004 dans l'affaire des *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé* rendu à l'unanimité des juges (moins la voix du juge américain dont, compte tenu d'un certain nombre d'éléments, la déclaration reste assez mesurée et rejoint l'avis sous certains aspects importants), ce qui permet de n'avoir pas à tenir compte de ce qui suit :

> § 78. L'ensemble de ces territoires (y compris Jérusalem-Est) demeurent des territoires occupés et Israël y a conservé la qualité de puissance occupante […]
>
> § 120. La Cour conclut que les colonies de peuplement installées par Israël dans le territoire palestinien occupé (y compris Jérusalem-Est) l'ont été en méconnaissance du droit international […]
>
> § 122. Cette construction, s'ajoutant aux mesures prises antérieurement, dresse ainsi un obstacle grave à l'exercice par le peuple palestinien de son droit à l'autodétermination et viole de ce fait l'obligation incombant à Israël de respecter ce droit […]

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

§ 138. Ainsi, la Cour a conclu que la construction du mur est un acte non conforme à diverses obligations juridiques internationales incombant à Israël […]

§ 147. La Cour ayant constaté que l'édification du mur dans le territoire palestinien occupé, y compris à l'intérieur et sur le pourtour de Jérusalem-Est, et le régime qui lui est associé étaient contraires à diverses obligations internationales d'Israël, il s'ensuit que la responsabilité de cet Etat est engagée selon le droit international […]

§ 150. qu'Israël a également l'obligation de mettre un terme à la violation de ses obligations internationales […]

§ 153 Israël est en conséquence tenu de restituer les terres, les vergers, les oliveraies et les autres biens immobiliers saisis à toute personne physique ou morale en vue de l'édification du mur dans le territoire palestinien occupé […]

§ 159. Vu la nature et l'importance des droits et obligations en cause, la Cour est d'avis que tous les Etats sont dans l'obligation de ne pas reconnaître la situation illicite découlant de la construction du mur dans le territoire palestinien occupé, y compris à l'intérieur et sur le pourtour de Jérusalem-Est. Ils sont également dans l'obligation de ne pas prêter aide ou assistance au maintien de la situation créée par cette construction. II appartient par ailleurs à tous les Etats de veiller, dans le respect de la Charte des Nations Unies et du droit international, à ce qu'il soit mis fin aux entraves, résultant de la construction du mur, à l'exercice par le peuple palestinien de son droit à l'autodétermination. En outre, tous les Etats parties à la convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, du 12 août 1949, ont l'obligation, dans le respect de la Charte des Nations Unies et du droit international, de faire respecter par Israël le droit international humanitaire incorporé dans cette convention »

5 – enfin – sans allonger inutilement le propos – on peut encore citer dans le vaste ensemble de tout ce qu'il importe de pousser sous le tapis pour étayer la position étatsunienne : les errements innombrables la jurisprudence internationale et de la pratique étatique comprenant notamment les centaines de reconnaissances et/ou protestations internationales, sans parler de la doctrine ou des travaux du Tribunal Russel pour la Palestine[10] ni des positions adoptées par erreur par l'Union européenne ou de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne quand elle s'affirme investie de la mission d'assurer le respect du droit international public (comme elle l'a fait récemment par exemple à propos de l'étiquetage des produits en provenance des territoires occupés par Israël[11]).

[10] *http://www.russelltribunalonpalestine.com/en/*
[11] CJUE, 12 novembre 2019, C-363/18, *Organisation juive européenne, Vignoble Psagot Ltd contre Ministre de l'Economie et des Finances*, v. *infra* « Chronique des faits internationaux » n° 2020/1.14, pp.122-127.

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

Pourtant un doute subsiste. Comme l'a souligné dans son commentaire de la déclaration de M. Pompeo, le très éminent Pr Richard Falk – qui fut notamment Rapporteur spécial des Nations Unies sur les droits de l'homme dans les territoires palestiniens – si, « dans le domaine de la paix et de la sécurité internationales le droit international peut-être quelque peu ambigu […] l'établissement de colonies dans le territoire palestinien occupé est toutefois un exemple de question sur laquelle il n'est pas possible de présenter un argument responsable en faveur de la légalité »[12].

L'ampleur de la tâche de révision du droit international aurait-elle inspiré le second mouvement de la déclaration ?

SECOND MOUVEMENT – EXIT LE DROIT INTERNATIONAL !

On dit souvent du Président Trump qu'il est imprévisible, que ses décisions sont comme ses « tweets » : erratiques, compulsifs, rageurs, lunatiques, passant de la fulmination à une pénible familiarité. Sans vouloir minimiser tout ce qui incite à penser de la sorte, il me semble que, s'agissant de la question qui nous retient ici, cohérence et continuité caractérisent au contraire l'action du Président. La déclaration de M. Pompéo n'est ainsi que l'ultime phase du processus qui mènera, le 28 janvier, à la publication du Plan *Peace to Prosperity*[13] qui s'est longuement concocté et dont il faudra dire un mot en conclusion.

Rappel de quelques antécédents – Il suffit de survoler la pratique récente pour apercevoir la ligne. En octobre 2017, l'administration Trump décide du retrait de l'UNESCO après une résolution de l'organisation inscrivant la vieille ville d'Hébron au patrimoine mondial en tant que site palestinien[14]. En décembre 2017, c'est la reconnaissance de Jérusalem comme capitale d'Israël (qui donne suite à une loi en ce sens adoptée en 1995 par le Congrès)[15]. En janvier 2018, c'est le retrait du soutien aux réfugiés palestiniens, privant l'UNRWA chargée de gérer près de 6 millions de réfugiés de quelques 380 millions de dollars par an[16]. En septembre 2018, c'est la fermeture du bureau de la délégation générale de l'OLP à Washington qui est décidée[17] et enfin en mars 2019 la reconnaissance de la souveraineté d'Israël sur le plateau

[12] R. FALK, « Le droit international est clair sur un point : les colonies israéliennes sont illégales », *https://www.middleeasteye.net/fr/opinion-fr/le-droit-international-est-clair-sur-un-point-les-colonies-israeliennes-sont-illegales*

[13] *Infra* p. 85.

[14] Un tel retrait avait déjà été opéré en 1984 mais les Etats-Unis étaient revenus en 2003 chercher quelques appuis à leur agression de l'Irak. Voir cette *Revue,* « Chronique des faits internationaux », n° 2017/1.29 et n° 2018/1.23.

[15] Cette *Revue,* « Chronique des faits internationaux », n° 2018/1.8.

[16] Cette *Revue,* « Chronique des faits internationaux », n° 2018/2.42 et n° 2018/4.77.

[17] Cette *Revue,* « Chronique des faits internationaux », n° 2019/2.34.

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

du Golan − espace sans dimension religieuse mais vital pour ce qui est notamment des ressources en eau – conquis sur la Syrie lors de la guerre des Six-Jours.

Au regard de ce qui précède (et de ce qui suit) il n'est pas difficile de comprendre quelle portée les Etats-Unis accordent à l'obligation de ne pas reconnaître les situations créées par une violation grave d'une obligation découlant d'une norme impérative du droit international général, telle que codifiée à l'article 41 du projet d'articles de la Commission du droit international sur la responsabilité des Etats. On peut redouter que cela s'étende au droit international dans son ensemble.

La paix sans le droit – Dès le début de son propos, M. Pompeo fait observer que, depuis quelques décennies, il est entendu que la colonisation *pourrait* être vue comme un obstacle à la paix (« *could be* an obstacle to peace »). Remarquable et presque émouvante concession : l'usage de ce conditionnel semble suggérer que cette possibilité serait envisageable.… Hélas ! Ce défaut de la colonisation éventuellement funeste pour la paix s'étend aussi à toute argumentation juridique en la matière (à laquelle, on doit le supposer désormais, toute personne désireuse de se livrer ne ferait que « s'attarder »). Le rappel des positions successives des présidents étatsuniens dans la première partie du discours tendait fâcheusement à prouver qu'il n'a pas toujours été inconvenant de faire référence au droit international à propos de la question des colonies, mais passons. Tout en ayant consacré les trois quarts de son intervention à mixer la « non-incompatibilité » des colonies de peuplement israéliennes avec le droit international, le Secrétaire d'Etat expose ensuite que qualifier celles-ci d'incompatibles avec le droit international n'a pas fait avancer la cause de la paix. Compte tenu de la situation en Palestine, on rejoindra volontiers cette conclusion mais à la condition de l'assortir d'une importante précision. La cause de la paix n'a certes pas progressé parallèlement aux jugements d'illicéité dont elle a fait l'objet – c'est le moins que l'on puisse dire − mais il est permis de douter que cela soit dû aux condamnations répétées de la colonisation plus qu'à la pratique continue et violente de celle-ci.

M. Pompeo suggère ici un curieux raisonnement selon lequel si elle était chaudement approuvée par le Conseil de sécurité et l'Assemblée générale des Nations Unies, confortée par la jurisprudence de la Cour internationale de Justice et reconnue par la communauté internationale des Etats dans son ensemble, l'implantation des colonies en Cisjordanie cesserait aussitôt ou mieux encore que, ne cessant pas mais se déroulant dans un environnement compréhensif, elle serait par elle-même un facteur de paix. L'avenir dira quels progrès pour la cause de la paix se réaliseront du fait que les Etats-Unis estiment devoir écarter le droit international et ses irritantes qualifications juridiques dans le règlement du problème politique entre Israël et les Palestiniens. Car, du

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

moins, M. Pompeo concède-t-il qu'il existe bien un problème à résoudre. Mais cela se fera sur le plan politique ; il faut, comme il le dit avec style dans une de ses réponses aux questions, laisser « de côté cette exigence, cette idée que d'une certaine manière il allait y avoir une solution juridique à cela ».

Endossant les hardes de Cassandre et parlant non pour, mais au-dessus des parties concernées, il prédit qu'aucun règlement judiciaire n'aura *jamais* lieu (c'est la *hard truth* de l'affaire, dit-il). Les talents prédictifs de Cassandre nous impressionneraient-ils encore si le poète grec nous avait dit que c'était elle qui avait ouvert les portes Scées aux Argiens ?

EPILOGUE PROVISOIRE – LA « VISION »

Cette mise à l'écart du droit international mûrement réfléchie et préparée est appelée à se prolonger ; elle est confirmée dans ce qui a parfois été qualifié, non sans un certain mauvais goût, de « deal du siècle ». La version mise en ligne le 28 janvier 2020 intitule plus modestement ce document de 181 pages « *Peace to Prosperity. A Vision to Improve the Lives of the Palestinian and Israeli People*»[18].

En effet dès le préambule il est significativement rappelé ce qui suit :

> « Depuis 1946, près de 700 résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies et plus de 100 résolutions du Conseil de sécurité ont été adoptées en rapport avec ce conflit. Ces résolutions des Nations Unies sont parfois incohérentes et n'ont parfois qu'une portée limitée dans le temps. Ces résolutions n'ont pas apporté la paix. En outre, les parties ont avancé des interprétations contradictoires de certaines des plus importantes résolutions des Nations Unies, notamment la résolution 242 du Conseil de sécurité. En effet, les juristes qui ont étudié directement les résolutions essentielles des Nations Unies ont divergé sur leur interprétation et leur effet juridique. Bien que nous soyons respectueux du rôle historique des Nations Unies dans le processus de paix, cette Vision n'est pas une énumération des résolutions de l'Assemblée générale, du Conseil de sécurité et d'autres résolutions internationales sur ce sujet, car ces résolutions n'ont pas permis et ne permettront pas de résoudre le conflit »[19].

Inutile d'alourdir le propos par un examen détaillé d'un document dont on n'ose pas imaginer qu'il contienne le dessin du futur puisque, fondé sur l'exigence de sécurité d'Israël, il valide l'annexion de 30% de la Cisjordanie (à terme il semble d'ailleurs que celle-ci soulèverait des difficultés opérationnelles pour contrôler un espace divisé en invivables bantoustans), la négation de la résolution 242 du Conseil de sécurité, la confirmation du statut de Jérusalem, le rejet de tout droit au retour et de toute indemnisation, et surtout – présentée comme une remarquable concession – la création d'une entité

[18] *https://www.whitehouse.gov/peacetoprosperity/*.
[19] « Vision », p. 5.

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

palestinienne qui n'a d'Etat que le nom[20]. En un mot, c'est le droit international dans son ensemble auquel il est renoncé ici : il ne sert plus de référence, il n'est même plus un outil de justification car justifier c'est admettre qu'il existe des principes au regard desquels évaluer les actions. C'est la *box of realism* judicieusement rappelée dans une étude récente sur le transfert de l'ambassade américaine à Jérusalem[21].

In fine, achevant la déclaration de novembre 2019 dans une prose douteusement transactionnelle, le Secrétaire d'Etat privilégie libéralement la négociation ; il l'encourage même et offre les services des Etats-Unis, pérennisant par-là le « triangle fatidique » dont parlait Chomsky à ce sujet[22]. Il semble bon au Secrétaire d'Etat d'avertir que ce qui importe est d'éviter d'entrer dans « la question de savoir qui a raison et qui a tort en vertu du droit international » car cela ne fait pas progresser la paix. Là encore, c'est exact à la condition de comprendre que cette « paix » tant espérée exige que les situations s'ordonnent selon les vues des politiques menées par Israël et les Etats-Unis, non comme la Charte des Nations Unies l'impose. C'est bien ce qui se passe, d'ailleurs, mais seulement en fait. Voilà pourquoi il est proposé d'éliminer les références gênantes – et belligènes ! – au droit international, ce grand responsable qui n'a pas su faire progresser la paix…

[20] Voir un premier commentaire éclairant de F. DUBUISSON : *https://www.facebook.com/permalink.php?story_fbid=2759822487420810&id=463468157056266&__tn__=K-R* : celui indique quelques points forts de la « Vision » qui font obstacle à la qualification d'Etat palestinien : entrées dans le territoire palestinien se faisant par l'intermédiaire des postes de contrôle israéliens, contrôle opérationnel de l'espace aérien de la Palestine et souveraineté sur les eaux territoriales palestiniennes, prérogatives de l'Etat d'Israël pour toutes questions de sécurité, absence de compétence palestinienne en matière d'immigration…

[21] Th. FLEURY GRAFF, « *A box of realism* : la décision des Etats-unis d'Amérique de reconnaître Jérusalem comme capitale d'Israël et d'y transférer leur ambassade », *AFDI* 2018 p. 60.

[22] N. CHOMSKY, *Israël, Palestine, Etats-Unis : le triangle fatidique*, Ecosociété, 2006.

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

CHRONIQUE DES FAITS INTERNATIONAUX

Sous la direction de

Denis ALLAND

Avec les notes de

Denis ALLAND, Florian AUMOND, Charlotte CAMARD, Ségolène DEJOIE, Fanta DEMBELE, Alexandra DE TADDEO, Jean-Baptiste DUDANT, Mira HAMAD, Emilie LEFEBVRE, Emilie LEGRIS, Danielle Esther KOUASSI, Danai KOUTSI, Claire-Elise PÉRON, Marine ROQUES, Charlotte RUSÉ, Chloé DE PERRY-SIBAILLY, Iris SAINTE FARE GARNOT

SOMMAIRE

ALLEMAGNE – FRANCE – GRANDE-BRETAGNE – REPUBLIQUE ISLAMIQUE D'IRAN : Décevant projet « INSTEX » (n° 2020/1.1, C.-E.P.) ; ANTARCTIQUE : 42ème Réunion consultative du traité sur l'Antarctique (Prague, 1er-11 juillet 2019) – 60ème anniversaire du Traité du 1er décembre 1959 (n° 2020/1.2, F.A.) ; BRESIL : Le droit international a t-il quelque chose à dire des incendies en forêt amazonienne ? (n° 2020/1.3, I. S.F.G.) ; BRUNEI : Appréciation de la nouvelle législation pénale au regard des engagements internationaux de l'Etat (n° 2020/1.4, S.D.) ; ETATS-UNIS – REPUBLIQUE ISLAMIQUE D'IRAN : Condamnation des sanctions économiques et de leurs exemptions humanitaires par Human Rights Watch (n° 2020/1.5, J.B.D.) ; ETATS-UNIS – ROYAUME-UNI : L'extradition de Julian Assange (n° 2020/1.6, D.A. & A.D.T.) ; FRANCE : 1°) Le cas Edward Snowden - Droit d'asile et lanceurs d'alerte (n° 2020/1.7, I. S.F.G) ; 2°) Pratique française récente en matière de paix et de sécurité internationales dans le cyberespace (n° 2020/1.8, F.D.) ; 3°) Aires marines protégées : Biarritz - 4ème colloque national des aires marines protégées. 22, 23 et 24 octobre 2019 (n° 2020/1.9, E.L.) ; 4°) Droit humanitaire : création du « Humanitarian Call for Action » (n° 2020/1.10, Ch.C.) ; FRANCE – IRAK : Condamnation à la peine de mort de ressortissants français djiha-distes (n° 2020/1.11, C.R.) ; FRANCE – TURQUIE : Déclaration française sur d'éventuelles sanctions contre la Turquie (n° 2020/1.12, D.K.) ; G5 DU SAHEL ; Enjeux du sommet du 14 septembre 2019 au Burkina Faso (n° 2020/1.13, D.E.K.) ; ISRAËL – UNION EUROPEENNE : Etiquetage des produits issus des colonies israéliennes : selon la Cour de Justice de l'Union européenne, « l'Union contribue au strict respect du droit international, et notamment des principes de la Charte des Nations Unies » (n° 2020/1.14, D.A.) ; LIBYE – TURQUIE : Conclusion d'un accord de délimitation maritime entre le Gouvernement d'entente national libyen et la Turquie (n° 2020/1.15, M.H.) ; MAROC – UNION EUROPEENNE : Entrée en vigueur de l'accord de pêche modifié : l'histoire n'est pas finie (n° 2020/1.16, E.L.) ; ORGANISATION DES NATIONS UNIES : Non reconduction de certains casques bleus Sri-Lankais (n° 2020/1.17, M.R.) ; PHILIPPINES : Remise en cause (en droit interne) du retrait du Statut de la Cour pénale internationale ? (n° 2020/1.18, D.K.) ; REPUBLIQUE POPULAIRE DE CHINE – ÎLES SALOMON – REPUBLIQUE DE CHINE – REPUBLIQUE DES KIRIBATI : La diplomatie du « carnet de chèque » continue aux dépens de Taïwan (n° 2020/1.19, C.d.P.S.) ; TURQUIE – SYRIE : Opération « Source de paix » (n° 2020/1.20, C.-E.P.).

R.G.D.I.P. 2020-1

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

ALLEMAGNE – FRANCE – GRANDE-BRETAGNE - RÉPUBLIQUE ISLAMIQUE D'IRAN

Décevant projet « INSTEX »

2020/1.1 - Le 31 janvier 2019, les ministres des Affaires étrangères français (Jean-Yves Le Drian), allemand (Heiko Maas) et britannique (Jeremy Hunt) ont fait une déclaration conjointe annonçant la création de l'Instrument for Supporting Trade Exchanges (INSTEX) (*https:// www.diplomatie.gouv.fr/IMG/pdf/19_01_31_joint_ statement_e3_cle0d129c.pdf*). Cette société a pour objectif de contourner les sanctions étatsuniennes posées par les *executive borders* du Président Trump. Ces sanctions viennent interdire à toute entreprise, quelle que soit sa nationalité, de participer à une transaction en dollar traversant la frontière iranienne. Ces sanctions font suite au retrait des Etats-Unis de l'accord de Vienne sur le nucléaire iranien annoncé le 8 mai 2018.

La volonté européenne de lutter contre l'extraterritorialité des sanctions états-uniennes n'est pas nouvelle. Le règlement n° 2271/96 « portant protection contre les effets de l'application extraterritoriale d'une législation adoptée par un pays tiers, ainsi que des actions fondées sur elle ou en découlant » (*https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX: 31996R2271&from=FR*) dit « règlement blocage » cherchait déjà à contourner cet effet dans le cas où il porterait atteinte aux intérêts de l'Union européenne. Son article 4 prive d'effet toute décision de justice étrangère fondée sur la législation extraterritoriale désignée en annexe. Cette annexe ne contient que des législations états-uniennes telles que l'*Iran and Libya Sanctions Act of 1996* ou le *Cuban Liberty and Democratic Solidarity Act of 1996*. Cette disposition ne protège toutefois pas les opérateurs de condamnations sur le territoire étatsunien où ils disposent d'assez d'actifs pour que l'exequatur ne soit jamais demandé à un juge européen. Ensuite l'article 6 ouvre droit aux opérateurs relevant du champ d'application du règlement à être indemnisés par les personnes à l'origine de tout dommage découlant de sanctions extraterritoriales. Dans les cas concernés, l'origine du dommage serait l'administration étatsunienne. Il est inenvisageable que les opérateurs européens décident d'attraire l'administration états-unienne devant le juge européen. Quand bien même, l'immunité de juridiction ferait immédiatement obstacle à une telle action.

Ce règlement a eu peu d'impact. Les exemples de condamnations de banques françaises ayant utilisé le dollar dans des transactions avec des « ennemis des Etats-Unis » sont nombreux. Le plus marquant reste BNP Paribas qui a accepté de payer 8,9 milliards de dollars d'amende, sans contester et en exprimant des excuses publiques. Les banques préfèrent payer les amendes sans protester plutôt que de risquer une suspension de leur licence, équivalant à une suspension du droit d'opérer sur Wall Street. Le motif de l'amende est systématiquement le même : l'utilisation du dollar étatsunien pour effectuer une transaction avec un « ennemi des Etats-Unis ». (Stéphane Lauer, « La BNP paiera une amende de près de 9 milliards de dollars aux Etats-Unis », *Le Monde*, 30 juin 2014).

La nouvelle solution trouvée par le groupe E3 consiste alors à éviter tout flux bancaire transfrontalier. Pour ce faire ils mettent en place une chambre de compensation : les créances sont enregistrées dans la société et elles doivent se compenser entre importateurs et exportateurs européens, les derniers se faisant payer par les premiers. Pour que le système fonctionne, l'Iran doit instituer de son côté un instrument semblable liant les exportateurs et importateurs iraniens. De cette manière, seuls des flux de marchandises traverseront la frontière iranienne, les flux bancaires seront eux cantonnés

© Editions A. Pedone

en Europe d'un côté et en Iran de l'autre, échappant ainsi au déclenchement des sanctions. Une première limite du mécanisme apparaît ici : sa mise en place suppose un acte positif de l'Iran par création de cet instrument.

La déclaration conjointe pose par ailleurs une condition à la constitution de l'INSTEX. Le groupe E3 exige la conformité de l'Iran avec les règles du GAFI concernant le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, ce qui permettrait de retirer l'Iran de sa liste noire. L'Iran n'étant pas membre du GAFI, cette exigence revient à lui demander de respecter de nouvelles obligations. Cette question a d'ailleurs fait l'objet de vifs débats, les opposants internes avançant qu'elle fournirait des informations financières critiques aux pays tiers.

Par nature les mesures se cantonnent à une relation purement bilatérale, même dans le cadre d'un accord multilatéral. Les Etats parties à l'accord mais tiers aux mesures, tel que le groupe E3 en l'espèce, ne voient pas leurs relations avec les Etats concernés modifiées. Toutefois l'extraterritorialité de la législations étatsunienne vient bousculer ce mécanisme. La relation entre l'Iran et le groupe E3 dans le cadre de l'accord ne doit en principe pas être atteinte par les contremesures états-uniennes tant que ledit groupe ne décide pas d'en faire autant. L'Iran peut-il attendre des Etats parties au traité, dont le groupe E3, qu'ils fassent tout pour préserver l'accord de Vienne ? Il s'agit évidemment d'une volonté politique, bien soulignée dans la déclaration conjointe, mais de là à y voir une obligation internationale… Une telle obligation pourrait reposer sur le principe de bonne foi dans l'exécution des traités (article 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969). Si l'on admet une telle hypothèse, comment déterminer si un Etat a fait le nécessaire ou non pour préserver l'accord ? L'appréciation du respect d'une telle obligation semble difficile.

En tout état de cause, le projet INSTEX n'a pas porté ses fruits. La société a bien été constituée, sous forme d'une SAS de droit français (la forme de la société européenne n'ayant pas été retenue), avec un capital de départ de 3 000 euros. Ce budget particulièrement bas prouve le manque de soutien de la part des entreprises européennes. De son côté, l'Iran n'a toujours pas créé la jumelle nécessaire : le projet ne peut voir le jour.

Par ailleurs, plusieurs critiques au mécanisme ont été faites dès la création de la société française. Premièrement, le mécanisme était limité aux biens alimentaires et aux médicaments déjà exclus des embargos par les Etats-Unis. Il convient à ce titre de mentionner l'ordonnance du 3 octobre 2018 de la Cour Internationale de Justice dans laquelle elle demande aux Etats-Unis de s'assurer que leurs sanctions n'affectaient pas la situation humanitaire (CIJ, Ordonnance du 3 octobre 2018, *Violations alléguées du Traité d'amitié, de commerce et de droits consulaires conclu en 1955* (République Islamique d'Iran c. Etats-Unis)). L'Iran déplore notamment le fait que les secteurs bancaire et de l'énergie ne soient pas concernés alors que ce sont les plus touchés.

Cette déclaration conjointe ne semble être qu'un coup d'épée dans l'eau, une déclaration politique. Les européens sont en effet démunis vis-à-vis de l'extraterritorialité des sanctions états-uniennes. L'Iran a quant à lui récemment proposé la création d'une cryptomonnaie pour les pays musulmans afin de réduire la domination du dollar (Associated Press, « Iran Leader Uregs Deeper Muslim Links to Fight US 'Hegemony' », USNews, Dec 19, 2019 - *https:// www.usnews.com/news/world/articles/2019-12-19/iran-leader-urges-deeper-muslim-links-to-fightus-hegemony*).

C.-E .P.

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

ANTARCTIQUE

42ème Réunion consultative du traité sur l'Antarctique (Prague, 1er-11 juillet 2019) – 60ème anniversaire du Traité du 1er décembre 1959

2020/1.2 - Il est des rituels qui, en dépit de leur redondance et d'une dose d'artificialité, n'en revêtent pas moins un certain intérêt. Ainsi, dans l'ordre juridique international, des célébrations de certains anniversaires concernant l'adoption de traités ou de l'institution d'organisations internationales. Elles peuvent notamment fournir l'occasion de tirer le bilan de l'œuvre accomplie, d'identifier les enjeux contemporains, voire d'anticiper ceux à venir.

C'est en ce sens que l'on peut lire la « Déclaration de Prague à l'occasion du 60ème anniversaire du Traité sur l'Antarctique » (ci-après « Déclaration de Prague ») adoptée lors de la 42ème Réunion consultative du traité sur l'Antarctique (RCTA) (Prague, 1er-11 juillet 2019). Sur le modèle de la « Déclaration ministérielle de Washington de la XXXIIe RCTA en 2009 sur le 50e anniversaire du Traité sur l'Antarctique » et de la « Déclaration de Buenos Aires de la XXXIVe RCTA en 2011 sur la coopération en Antarctique à l'occasion du 50e anniversaire de l'entrée en vigueur du Traité sur l'Antarctique », les 54 Etats Parties (après l'adhésion de la Slovénie au 22 avril 2019) y réaffirment les principes fondamentaux du Système du traité sur l'Antarctique (STA), tout en soulignant « [s]a capacité à évoluer afin de s'adapter et faire face aux défis actuels et à venir ». Ce rappel de l'héritage, de même que la référence aux problématiques actuelles et perspectives s'observent également en considérant les autres actes (Mesures, Décisions, Résolutions) adoptés lors de la 42ème RCTA (« Rapport final de la quarante-deuxième réunion consultative du traité sur l'Antarctique », disponible sur le site du Secrétariat du traité sur l'Antarctique : *https://documents.ats.aq/ATCM42/fr/ATCM42_fr011_f.pdf* ; ci-après : « Rapport final »). C'est par ce biais que seront présentés, dans le prolongement des chroniques précédentes (nos 2016/4.119, 2017/4.65, 2018/4.71), quelques-uns des points abordés lors de la Réunion de Prague.

L'héritage peut être lourd lorsqu'il s'agit, par exemple, de répondre aux menaces posées par d'anciens sites de dépôt des déchets, des sites de travail abandonnés ainsi que des sites pollués par des déversements d'hydrocarbures et autres substances dangereuses. La conscience désormais aigüe de la fragilité de l'environnement antarctique a ainsi commandé, à Prague, l'élaboration d'une version révisée du Manuel de nettoyage destiné à guider les Parties dans leurs opérations de nettoyage de ces sites (Résolution 1 [2019]). L'héritage est en revanche à protéger lorsqu'il s'agit de sites et monuments historiques évoquant différents événements et lieux clés de la présence de l'Homme dans le continent (Mesure 12 [2019], *Liste révisée des Sites et monuments historiques : Endurance, épave du navire de Sir Ernest Shackleton et Cairn multi-expédition de C.A Larsen* ; Décision 1 [2019], *Refonte du format de la liste des Sites et monuments historiques*).

L'héritage est également à préserver lorsqu'il a permis, en l'occurrence, de « garantir une harmonie internationale continue en Antarctique » (« Déclaration de Prague », 2). Cette réalisation serait à mettre « en particulier » (*idem*) au crédit de l'article IV du Traité sur l'Antarctique. Présentée comme son « pilier indispensable » (« Rapport final », § 126), cette disposition consacre l'une des principales et des plus fameuses originalités du STA : non-abandon des prétentions territoriales des sept Etats revendiquant des « secteurs » (Argentine, Australie, Chili, France, Norvège, Nouvelle-Zélande, Royaume-

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

Uni) ; « gel » des contentieux opposant trois d'entre eux (Argentine, Chili et Royaume-Uni) ; non-reconnaissance de ces prétentions par les autres Etats ; « gel » de toute revendication nouvelle (ou extension de revendication) pendant la durée du traité. Le gel du contentieux ne signifie cependant pas suspension des prétentions respectives. La 42ème RCTA a d'ailleurs donné à voir, encore que de manière plus feutrée que lors des réunions précédentes, la permanence des oppositions entre les Etats sud-américains, d'une part, le Royaume-Uni, de l'autre. Elles se sont en l'occurrence exprimées lors de la discussion d'un document de travail présenté par ce dernier (Doc. WP 13, *Bicentenaire de la découverte des îles Shetland du Sud et du continent antarctique*), lequel a alors ravivé la querelle autour des titres historiques soutenant les revendications territoriales concurrentes de Londres et de Buenos Aires (« Rapport final », §§ 199-202).

Cette passe d'armes mémorielle s'est inscrite dans une réflexion globale, plus consensuelle, concernant l'importance de se saisir de l'anniversaire du traité fondateur pour éduquer et sensibiliser le public à l'histoire, en même qu'aux enjeux et défis de l'Antarctique. Pour ce faire, a été rappelé l'apport indispensable de la coopération internationale. Celle-ci apparaît au reste comme l'une des principales réussites à l'actif des soixante années écoulées, puisqu'elle aurait entre autres « permis de préserver un continent entier des fluctuations des politiques mondiales » (« Déclaration de Prague », §5 du préambule). Le maintien et le renforcement de cette coopération comme de la collaboration sur les plans scientifique, opérationnel et d'échange des informations ont ainsi, de nouveau, été au cœur des discussions lors de la 42ème RCTA.

Les *enjeux contemporains* qu'affronte la communauté antarctique ont également été évoqués. Il a ainsi de nouveau été question de la bioprospection, sans toutefois que la réunion n'enregistre d'avancée notable. En revanche, le tourisme a cette année encore constitué l'un des principaux chapitres de discussion. Ce qui n'est guère surprenant si l'on considère sa très forte expansion (56 168 visiteurs ont profité des services des opérateurs membres de l'Association internationale des organisateurs de voyage dans l'Antarctique [IAATO] en 2018-2019, soit une hausse de 8,6% par rapport à l'année précédente : « Rapport final », § 420). Afin de réglementer au mieux cette activité, la France a été à l'initiative d'un « Manuel des règlements et lignes directrices relatifs au tourisme et aux activités non gouvernementales en Antarctique » (Décision 6 [2019]), document devant clarifier un cadre juridique difficile à cerner en raison de la dispersion des textes. La Réunion a, en outre, porté son attention sur les nouvelles formes de tourisme, dont les courts séjours d'une nuit convoyés par navires (« Rapport final », §§ 389-395). La nécessité de combler l'absence de réglementation spécifique concernant cette modalité de camping côtier en pleine expansion a été unanimement reconnue. Le comité pour l'environnement (CPE) a par conséquent été invité à poursuivre ses travaux sur la question, de même qu'a été encouragée la tenue de consultations informelles pendant la période intersession de sorte à pouvoir discuter de cet enjeu lors de la prochaine RCTA (« Rapport final », §§ 388-395).

Plusieurs des sujets liés au tourisme avaient été débattus, en amont, lors d'un atelier sur le tourisme en Antarctique organisé à Rotterdam en avril (Doc. WP 19 *Atelier sur le tourisme en Antarctique, 3-5 avril à Rotterdam, Pays-Bas : résumé du Président et recommandations clés* ; « Rapport », §§ 351 et s.). Cette rencontre informelle réunissant, entre autres, les représentants de 17 Parties, avait notamment été l'occasion de relancer une proposition, formulée dès 2003, consistant à instituer un système d'observateurs à

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

bord pour les navires touristiques opérant dans la zone du traité sur l'Antarctique (Doc. WP 43). Reprise à Prague par la France, le Royaume Uni et l'Argentine, elle vise à pallier les principales lacunes d'un système d'inspection internationale qui avait constitué l'une des plus notables avancées lors de l'adoption du traité fondateur du STA – intérêt, pérenne, a par ailleurs de nouveau été attesté à Prague. En effet, d'une part, ces inspections ne peuvent, pour ce qui concerne les navires et aéronefs, se porter qu'« aux points d'embarquement de fret et de personnes dans l'Antarctique » (Traité sur l'Antarctique, article VII). D'autre part, si elles ne sont pas expressément réservées aux activités gouvernementales, il n'en ressort pas moins de la pratique qu'en sont, largement sinon entièrement, préservées les activités touristiques. C'est donc cette double limite que devrait résorber le mécanisme proposé à Prague. Ceci étant, en raison des difficultés notamment d'ordre juridique du dispositif – compétences et juridiction dans le cadre d'observations menées à bord de navires battant pavillon d'un Etat tiers et dans des espaces ne relevant d'aucune souveraineté –, il ne devrait se déployer que progressivement : dans un premier temps, les Etats autorisant les opérateurs touristiques à opérer en Antarctique sont invités à envisager la mise en place d'un système national applicable aux navires relevant de leur juridiction, la détermination d'un cadre commun pouvant par la suite faciliter l'harmonisation des pratiques nationales ; dans un second temps, le développement, en dehors du cadre des RCTA, d'initiatives internationales de système d'observateurs à bord serait susceptible de préfigurer la constitution à terme d'un système international sous l'égide des RCTA. Cette approche par étapes a alors permis de surmonter les réserves exprimées par certains Etats, si bien que les Parties consultatives ont convenu d'instituer un Groupe de contact intersession (GCI), coordonné par la France, afin de préciser les contours du dispositif (« Rapport final », §384).

L'expansion des activités de tourisme devrait se poursuivre. L'IAATO envisage en effet une multiplication par deux d'ici les prochaines années (« Rapport final », § 352). La densification des trafics aériens et maritimes en résultant accentuera alors les risques, notamment en termes de sécurité. L'établissement d'une cartographie hydrographique plus précise des eaux de la région devrait contribuer à l'atténuer (Résolution 6 [2019]). L'essor du tourisme interroge en outre − et sans doute davantage − son impact sur l'environnement de l'Antarctique. La Réunion de Prague a sur ce point poursuivi l'approfondissement de la réglementation antarctique. En termes de protection des espaces, tout d'abord. A cet égard, des divergences se sont de nouveau exprimées en ce qui concerne la promotion d'espaces de protection marine, notamment les aires marines protégées (AMP) (« Rapport final », §§ 149-158) (en cela, la RCTA de Prague a anticipé la 38ème Réunion de la Commission pour la conservation de la faune et de la flore marines de l'Antarctique [21 octobre-1er novembre 2019], laquelle n'a pu notamment enregistrer d'avancée au sujet de l'AMP de la mer de Ross : cette « Chronique », n° 2018/1.1). La Réunion s'est en revanche saisie des nouveaux défis auxquels se trouve confrontée la région. Les Etats parties se sont ainsi engagés à Prague – certes encore modestement – à contenir l'introduction, en augmentation croissante, des micro et macro plastiques (Résolution 5 [2019], *Réduire la pollution plastique en Antarctique et dans l'océan austral*). Ces éléments, apportés par les scientifiques et visiteurs bien davantage que charriés par les eaux, constituent une menace de plus en plus sérieuse pour la faune antarctique.

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

Celle-ci a d'ailleurs fait l'objet de plusieurs mesures adoptées à Prague. Elles sont venues renforcer un corpus normatif déjà bien fourni, tant au niveau de la protection des espèces indigènes que de la prévention contre les espèces exogènes (v. F. Aumond, « Les mesures de protection et de conservation de/contre la faune en Antarctique », *in Les animaux*, Actes du colloque de Poitiers d'août 2019, à paraître). Sur le premier point, l'adoption du « Code de conduite du Comité scientifique de la recherche en Antarctique (SCAR) pour l'utilisation d'animaux à des fins scientifiques en Antarctique » (Résolution 4 [2019]) intègre la sensibilité de plus en plus grande à l'égard de la souffrance animale (voy. not. : R. Bismuth et F. Marchadier [dir.], *Sensibilité animale : perspectives juridiques*, CNRS éd., Paris, 2015). Le Code assigne en effet pour objectif de concilier, d'un côté, le *«* fait que les humains ont le devoir moral de respecter tous les animaux vivants et doivent prendre dûment en considération leur capacité d'éprouver de la douleur ou de la souffrance », de l'autre, les « interactions *»* nécessaires entre recherches d'expérimentation et d'observation et animaux (« Code de conduite », § 4). Le thème de la prévention contre l'introduction d'espèces non indigènes a également été évoqué à Prague. Il l'a été, de manière anecdotique, lorsqu'il s'est agi pour la France d'informer la Réunion de ce qu'une procédure judiciaire était en cours concernant ce jeune skipper breton accompagné d'un volatile ayant pénétré dans la zone du traité sur l'Antarctique (« Rapport final », § 423 ; cette « Chronique », n° 2018/4.71). La prise en compte des menaces croissantes que fait peser l'introduction d'espèces exogènes sur l'environnement explique au-delà que le sujet ait fait, à Prague davantage que lors des réunions précédentes, l'objet d'une attention soutenue (par exemple lors de l'examen d'un *Protocole de réponse aux espèces non indigènes* annexé au Manuel sur les espèces non indigènes : « Rapport final », §§ 192-193). Ce péril a également été abordé dans le cadre des discussions sur le projet « Mémoire de Glace » principalement porté par la France et l'Italie (Doc. WP 41 *Projet « Ice Memory »*).

Ce projet est en outre significatif par le lien qu'il opère entre enjeux passés, contemporains et futurs. Sa dimension rétrospective résulte du fait qu'il s'appuie sur des forages effectués dans les couches profondes de glaciers, de sorte à remonter l'histoire environnementale jusqu'à plusieurs centaines de milliers d'années. Son caractère prospectif tient à l'objectif qu'il poursuit de stocker les carottes de glace « archives » ainsi récoltées au profit des futures générations de scientifiques. Il s'agit ici d'anticiper la disparition de ces « précieux témoignages de l'histoire de notre planète » (Doc WP 41, p. 4) en raison de la fonte des glaciers les conservant. Le projet « Mémoire de glace » tire ainsi les conséquences de ce qui constitue le défi à venir le plus redoutable, en Antarctique comme sur l'ensemble du globe : le changement climatique. A cet égard, les Parties consultatives ont tenu à rappeler l'importance de poursuivre la recherche scientifique sur les conséquences de ce phénomène dans la « Déclaration de Prague ».

D'apparence anodine, cette affirmation l'est moins si l'on se souvient que les oppositions observées lors du dernier Conseil de l'Arctique (Rovaniemi [Finlande], mai 2019) avaient précisément été dues au refus des Etats-Unis qu'il soit fait mention de l'impact majeur des changements climatiques sur la région dans le document final (cette « Chronique », n° 2019/3.46). Hypothéquant, pour l'un de ses meilleurs experts, jusqu'au devenir de la gouvernance arctique (T. Koivurova, « Is this the End of the Arctic Council and Arctic Governance as we know it ? », *http://polarconnection.org/arctic-council-governance-timo-koivurova/*), cet échec avait été d'autant plus symbolique qu'il avait eu

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

lieu là même où celle-ci était née en 1991. L'Arctique n'est sans doute pas l'Antarctique ; des liens étroits relient cependant les deux pôles, tout spécialement en ce qui concerne les enjeux du changement climatique. Il est alors à espérer que la fâcheuse expérience de Rovaniemi ne se reproduise pas à Helsinki où sera organisée, une première pour la Finlande, la 43ème RCTA (25 mai-4 juin 2020).

F. A.

BRÉSIL

Le droit international a-t-il quelque chose à dire des incendies en forêt amazonienne ?

2020/1.3 - Sur la période de janvier à août 2019 environ 40 000 incendies ont touché l'Amazonie. Cette forêt tropicale s'étend sur le territoire de 9 Etats d'Amérique du Sud mais se situe principalement au Brésil qui en détient plus de 60%. Si les incendies sont un phénomène courant en période sèche, leur nombre est aujourd'hui anormalement élevé. Cette aggravation des feux de forêt en Amazonie est largement due à la politique de déforestation menée clandestinement par les agriculteurs eux-mêmes et non-réprimée, voire encouragée par le gouvernement du président brésilien Bolsonaro qui souhaite exploiter ces terres afin de développer l'agriculture (*https://www.lesechos.fr/monde/ameriques/bresil-comme-promis-bolsonaro-accelere-la-deforestation-en-amazonie-1041189*).

Réagissant à cette catastrophe environnementale le Président Macron a qualifié la situation de « crise internationale » en observant que les poumons de la Terre, notre maison, étaient en feu (*https://twitter.com/EmmanuelMacron/status/1164616868080103425?s=20*). Employant les mêmes termes que ceux justifiant l'action du Conseil de sécurité en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations unies, une telle qualification amène ainsi à s'interroger sur les possibilités offertes par le droit international dans un tel cas de figure. Certains pourraient considérer qu'eu égard à l'ampleur des dégâts causés et à l'insuffisance des moyens employés par le Brésil pour réagir à ces incendies, une réaction internationale serait nécessaire.

Si la question environnementale n'est pas absente du droit brésilien il ne semble effectivement pas en l'état efficace pour assurer la protection de l'Amazonie. L'article 225 § 4 de la Constitution brésilienne (*https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/l-environnement-et-la-constitution-bresilienne*) qui consacre par ailleurs le droit de tous les Brésiliens à un environnement sain et équilibré, fait de cette forêt une partie du patrimoine national tandis qu'une partie d'entre elle (six millions d'hectares) est inscrite au patrimoine mondial de l'UNESCO. Toutefois, ce statut, pas plus que la participation du Brésil au Pacte amazonien visant la protection de l'Amazonie (*http://www.fao.org/3/y5841f/y5841f12.htm*), ne permet d'en garantir la protection effective. Si l'impérieux besoin de protection de l'environnement appelle à réagir, le respect du droit international public et du principe fondamental du respect de la souveraineté étatique amènent à un constat bien différent. Il semble en effet juridiquement périlleux de tenter de contraindre un Etat à protéger un bien lui appartenant quand bien même sa dégradation nuit à tous. Cela n'interdit pas d'envisager à titre prospectif quelques pistes que le droit international public offre.

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

Une première hypothèse envisagée serait celle de l'inscription de l'Amazonie au patrimoine commun de l'humanité. L'internationalisation de la forêt permettrait d'en consacrer le caractère fondamental en la rendant, théoriquement au moins, inaliénable et en en soumettant l'exploitation à un régime inspiré de la Convention de Montego Bay de 1982 pour les fonds marins au-delà des zones de juridiction nationale. Mais cela impliquerait un inimaginable consentement du Brésil à être dépossédé de son territoire. Comme l'avait justement souligné le Ministre de l'éducation brésilien Cristovam Buarque en mai 2000 au sujet de cette internationalisation déjà suggérée par les Etats-Unis à l'époque, « Si les Etats-Unis veulent internationaliser l'Amazonie, à cause du risque que fait courir le fait de la laisser entre les mains des Brésiliens, alors internationalisons aussi tout l'arsenal nucléaire des Etats-Unis. Ne serait-ce que parce qu'ils sont capables d'utiliser de telles armes, ce qui provoquerait une destruction mille fois plus vaste que les déplorables incendies des forêts brésiliennes » (*https://www.humanite.fr/node/316704).*

Alternativement, Michel Prieur, Président du Centre international de droit comparé de l'environnement, propose de renforcer la protection de l'Amazonie à l'échelle internationale en étendant la zone protégée par l'UNESCO (*https://lvsl.fr/que-faut-il-faire-pour-lamazonie/*). Si cette hypothèse permet effectivement de préserver la souveraineté brésilienne sur la forêt tout en consacrant l'intérêt commun de l'humanité à sa préservation, l'extension du territoire inscrit au patrimoine mondial ne peut se faire que sur sollicitation du Brésil dont on peut douter qu'il émette une telle intention. On rappellera par ailleurs qu'une partie de la forêt bénéficie déjà de ce titre, ce qui n'en a pas empêché la destruction.

On peut aussi songer à la possibilité d'un règlement juridictionnel à travers l'engagement de la responsabilité internationale du Brésil. Les fumées engendrées par les incendies ayant nécessairement des retombées dans les pays voisins, on pourrait envisager que la France liée au Brésil par la Guyane engage la responsabilité de cet Etat pour manquement au principe d'utilisation non-dommageable du territoire. Ce principe consacré dès la sentence arbitrale des *Fonderies du Trail* (Etats-Unis c. Canada, 11 avril 1941 , *R.S.A.*, vol. III, p. 1938 et s.) avait permis de condamner le Canada à dédommager les Etats-Unis pour les dommages causés par les fumées toxiques issues de ses usines. De ce principe découle l'idée que l'Etat souverain sur son territoire ne peut agir sans prendre en considération les répercussions de son action sur le territoire des autres Etats. Ce principe fait désormais partie intégrante du droit international de l'environnement. Repris dans le principe 21 de la Déclaration de Stockholm, il a à plusieurs reprises été réaffirmé par la Cour internationale de justice. Dans son *Avis relatif à la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* rendu en 1996, celle-ci a rappelé « L'obligation générale qu'ont les Etats de veiller à ce que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle respectent l'environnement dans d'autres Etats ou dans des zones ne relevant d'aucune juridiction nationale » en affirmant que cette obligation « fait maintenant partie du corps de règles du droit international de l'environnement » (*Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif*, C.I.J. *Recueil* 1996, p. 226, §29). Ce constat est réitéré dans l'arrêt *Gabcikovo-Nagymaros* rendu le 25 septembre 1997. L'obligation d'utilisation non-dommageable va ainsi de pair avec l'obligation de *due diligence* qui impose aux Etats de mettre en œuvre les moyens nécessaires au respect de la première.

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

L'on pourrait à ce titre considérer que le gouvernement Bolsonaro en asséchant les ressources économiques des fondations nationales chargées de la protection de l'Amazonie, ainsi que celles du Ministère de l'environnement, en adoptant une politique ouvertement favorable à l'*agrobusiness* et en niant la gravité de la menace, viole l'obligation de moyens qui est la sienne. A cet égard, le Brésil pourrait être tenu pour internationalement responsable. Mais la mise en œuvre de cette responsabilité devant un tiers semble difficile, dépendant de la volonté du Brésil.

S'agissant de la possibilité d'un recours individuel, les perspectives ne sont guère plus encourageantes. La proposition de loi française sur le crime d'écocide s'est en effet soldée d'un échec (*https://www.lemonde.fr/planete/article/2019/12/12/l-assemblee-nationale-rejette-une-proposition-de-loi-sur-la-reconnaissance-de-l-ecocide_6022674_3244.html*). Du point de vue du droit international pénal, le Statut de Rome n'envisage pas non plus de crime contre l'environnement fondant la compétence de la Cour pénale internationale sauf à envisager les dommages causés à l'environnement dans le cadre de crimes de guerre (Article 8 2) b) iv) du Statut de Rome) ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

Les voies diplomatiques semblent elles aussi fermées. On rappellera notamment qu'au moment du G7 les Etats parties avaient débloqué une enveloppe de 20 millions d'euros visant à stopper les incendies mais que le Président Bolsonaro s'est empressé de rejeter. L'Accord de libre-échange (MERCOSUR-UE) en cours de négociations pourrait alors constituer une alternative consensuelle en envisageant par exemple l'introduction de clauses d'engagement du Brésil à replanter des arbres et respecter ses engagements environnementaux. La ratification de l'accord est néanmoins compromise dès lors que la France suivie par plusieurs Etats européens s'y oppose, accusant précisément le gouvernement brésilien de ne pas respecter ses engagements environnementaux (*https://www.lemonde.fr/les-decodeurs/article/2019/08/26/comprendre-le-revirement-d-emmanuel-macron-sur-l-accord-ue-mercosur_5503000_4355770.html*). En toute hypothèse, on peut douter de l'effectivité d'une telle protection si tant est que le Brésil consente à l'octroyer. Il n'en reste pas moins qu'encourager le commerce de produits cultivés à l'endroit de forêts déboisées à travers le développement de concessions tarifaires avec le Brésil pose un certain problème de cohérence du point de vue de la politique étrangère des Etats tiers.

Eu égard aux précédents développements, le droit international ne semble donc pas offrir de solution pour contrer à moyen terme cette « crise internationale ».

I. S.F.G.

BRUNEI

Appréciation de la nouvelle législation pénale au regard des engagements internationaux de l'Etat

2020/1.4 - En mars 2019, le Brunei a annoncé dans une déclaration de presse qu'à partir d'avril 2019, s'appliquera intégralement son Code pénal fondé sur la Charia [*http://www.pmo.gov.bn/Lists/2019%20PMO%20News/NewDispForm.aspx?ID=79&ContentTypeId=0x0100697C5A90C7D25F488B46C0C3A437E305) - https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/78238/83493/F1602044948/BRN78238%202016%20Edition.pdf*]. Si la Charia fut officiellement introduite en 2013, son entrée en vigueur fut différée dans le temps afin de permettre une application progressive des dispositions. Les nouvelles

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

lois entrant en vigueur lors de cette dernière phase d'application prévoient entre autres l'amputation d'une main ou d'un pied en cas de vol, la peine de mort par lapidation pour viol, homosexualité, insulte au prophète... et s'appliqueront tant aux musulmans qu'aux non-musulmans (*http://www.pmo.gov.bn/Lists/2014%20PMO%20News/NewDispForm.aspx?ID=16*). Le Brunei est une monarchie absolue dirigée par le Sultan Hassanal Bolkiah et dont la religion officielle est l'Islam pratiqué par 70% de la population. Depuis 2014, le Brunei est composé d'un système juridique dualiste appliquant la Common Law britannique et la Charia, c'est ainsi le premier pays d'Asie du Sud-Est à intégralement appliquer un Code pénal suivant la Charia. Le Brunei est membre de l'ASEAN et de plusieurs organisations internationales telles que les Nations Unies depuis 1984 après avoir acquis son indépendance par rapport au Royaume-Uni, le FMI, la Banque Mondiale, l'OIT...

Si certains s'inquiètent des conséquences et implications de cette nouvelle législation pénale au niveau notamment des droits de l'Homme (ainsi la Haut-Commissaire aux droits de l'Homme de l'ONU, Michelle Bachelet a dénoncé cette législation en demandant au gouvernement de Brunei de mettre fin « à l'entrée en vigueur de ce nouveau code pénal draconien qui, s'il était appliqué, marquerait un sérieux recul pour la protection des droits de l'Homme de la population de Brunei », (*https://news.un.org/fr/story/2019/04/1039961*), la question qui peut être posée est celle de la compatibilité de la législation interne avec le droit international public général et avec les engagements conventionnels de cet Etat.

En 2015, le Brunei a signé la Convention des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitement cruels, inhumains ou dégradants de 1984. Le directeur régional de la Commission internationale des Juristes pour la région Asie et Pacifique, Frederick Rawski a exprimé sa préoccupation en affirmant que "*there are no circumstances under which punishments such as stoning, amputation or public flogging are acceptable under international law. [...] They are blatant violations of the prohibition on all forms of torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment*" (Commission internationale de juristes, *Brunei Darussalam: implementation of Syriah Penal Code is anathema for Human Rights*, 2 avril 2019). Le rapporteur spécial des Nations Unies sur la Torture a déclaré que toute forme de châtiment corporel est contraire à l'interdiction de la torture et ne peut être considérée comme une sanction légale en vertu du droit international. Cette législation serait alors incompatible avec les engagements internationaux du Brunei.

Les dispositions du Code pénal semblent contraires à la Convention internationale des droits de l'enfant de 1989 ratifiée par le Brunei en 1995. Ce dernier introduit une responsabilité pénale des enfants ayant atteint l'âge de la puberté qui peuvent être sujets à des peines d'amputation, de flagellation ou de lapidation. Les enfants n'ayant pas atteint la puberté peuvent quant à eux être condamnés à des coups de fouet. Le Comité des droits de l'enfant affirme que l'interdiction de violence sur les enfants comprend toute forme de violence en tant que sentence judiciaire et demande au Brunei d'abroger les dispositions concernant les enfants (Comité des droits de l'enfant, *Concluding observations on the combined second and third periodic reports of Brunei Darussalam*, CRC/C/BRN/CO/2-3, 24 février 2016). Le Parlement européen a « invit[é] le Brunei à n'appliquer en aucun cas à ces enfants la peine capitale, la torture ou l'emprisonnement » (Résolution Parlement européen, 18 avril 2019, 2019/2692(RSP)). Le Brunei n'ayant pas adhéré au Protocole facultatif à la Convention établissant une procédure de présentation

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

de communication, aucune plainte individuelle ne peut être présentée. De plus, le Comité des droits de l'enfant ne dispose d'aucun pouvoir contraignant ni de sanction à l'égard d'Etats violant la Convention.

La seconde convention internationale relative aux droits de l'Homme ratifiée par le Brunei est la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes de 1981 ratifiée en 2006. Le Parlement européen considère que les dispositions du Code pénal violent la Convention en ce que « la tradition, la religion et la culture du Brunei sont utilisées pour justifier la discrimination à l'égard des femmes » (Résolution 2019/2692(RSP), *op. cit.).* F. Rawski a affirmé à cet égard que "*in addition to imposing penalties that are in clear violation of international law, the underlying 'offenses' are themselves discriminatory*" (Commission internationale de juristes, *op. cit.).* Le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes a dénoncé cette discrimination puisque, en pratique les lois criminalisant l'adultère sont généralement invoquées à l'encontre des femmes et a invité les Etats à abolir ces lois. Le Brunei n'étant pas partie au Protocole facultatif à la Convention, le Comité ne peut examiner de communications émanant de particuliers qui seraient victimes de violations de la Convention ; il ne peut non plus mener d'enquêtes mais uniquement émettre des recommandations générales et des suggestions afin d'inciter le Brunei à appliquer de façon plus modérée son Code pénal.

Des compromis sont recherchés pour garantir le respect de la souveraineté de l'Etat, libre d'édicter son Code pénal tout en respectant les droits de l'Homme et ses engagements internationaux en la matière. A cet égard, Michelle Bachelet a affirmé que « les droits de l'Homme et la foi ne sont pas des forces opposées » (*https://news.un.org/fr/story/2019/04/1039961*) et que de ce fait, un équilibre devrait être trouvé.

Le Brunei fait partie de l'ASEAN depuis 1984 et a signé la Charte affirmant l'engagement des Etats à promouvoir et protéger les droits de l'Homme ainsi que la Déclaration des droits de l'Homme de l'ASEAN en 2012 avec lesquelles son Code pénal est susceptible d'entrer en contradiction. Des organisations non-gouvernementales ont demandé à la Commission intergouvernementale de l'ASEAN sur les droits de l'Homme d'encourager le Brunei à respecter ses engagements et d'appeler au respect des droits de l'Homme (International Commission of Jurists, FORUM-ASIA, ASEAN SOGIE Caucus, Southeast Asian Press Alliance, *Joint Open Letter : Urgent concern about the 2013 Syariah Penal Code of Brunei Darussalam*, 15 avril 2019). La Commission disposant du statut d'organe consultatif, elle n'est pas compétente pour infliger des sanctions au Brunei.

Il n'est pas inutile de rappeler la position du Brunei au regard de sa législation sur la peine de mort. Le Code pénal réinstaure la peine de mort, considérée comme étant *de facto* abolie depuis 1957, date de la dernière exécution. Le Brunei prévoit la peine de mort entre autres pour apostasie ou homosexualité. Dans son communiqué de presse, le Ministère des Affaires étrangères français a annoncé que « la France appelle le Brunei à renoncer à ce projet et à maintenir son moratoire de fait des exécutions capitales depuis 1957. Elle réitère son opposition à la peine de mort, en tous lieux et en toutes circonstances » (*https://www.diplomatie.gouv.fr/fr/dossiers-pays/brunei/evenements/article/brunei-nouvelle-legislation-penale-02-04-19*). Face au tollé international ayant suivi la décision d'application intégrale du Code pénal, le Sultan a annoncé en mai 2019 que le moratoire sur la peine de mort continuera temporairement à s'appliquer. Ainsi,

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

même si des condamnations à mort pourront être prononcées et resteront en vigueur dans le Code pénal, elles ne seront pas exécutées (*https://www.youtube.com/watch?v=9WgnNus7rdA).*

Certains Etats ont réagi en appelant au boycott d'hôtels du Sultan aux Etats-Unis, en Angleterre et en France (*https://www.nytimes.com/2019/04/03/world/asia/brunei-hotel-boycotts.html*). *Human Rights Watch* a proposé d'appliquer des interdictions de voyage ainsi que des sanctions financières au Sultan et aux fonctionnaires impliqués dans l'application de la loi afin d'inciter le Brunei à renoncer à l'application du Code pénal (Human Rights Watch, « Si la nouvelle loi du Brunei est appliquée, il faut soumettre le sultan à des sanctions », *The Hill*, 17 avril 2019).

Sans répondre directement aux accusations de violations de ses engagements internationaux, le Brunei se prévaut de son pouvoir souverain et du principe de l'égalité souveraine des Etats pour décider de sa législation pénale. De plus, le Sultan insiste sur le fait que le Brunei a un système juridique dualiste et que le système fondé sur la *Common Law* continuera à s'appliquer.

S.D.

ETATS-UNIS – RÉPUBLIQUE ISLAMIQUE D'IRAN

Condamnation des sanctions économiques et de leurs exemptions humanitaires par *Human Rights Watch*

2020/1.5 - Alors que l'abandon de la logique des sanctions économiques globales au profit d'une logique ciblée devait permettre d'épargner les populations innocentes de l'effet des sanctions imposées à un Etat, le rapport de l'ONG *Human Rights Watch* du 29 octobre 2019 semble témoigner du contraire. Les sanctions ciblées ont été qualifiées de sanctions intelligentes (ou « *smart* ») en raison de leur capacité à ne porter atteinte qu'aux droits des personnes et entités ayant motivé leur adoption. Le rapport de l'ONG semble remettre en question l'opportunité d'un tel qualificatif en constatant que ces sanctions violent le droit à la santé de la population iranienne (l'intégralité du rapport n'est disponible qu'en anglais au lien suivant, mais un résumé en français est accessible sur le même site : *https://www.hrw.org/report/2019/10/29/maximum-pressure/us-economic-sanctions-harm-iranians-right-health*).

Depuis le retrait des Etats-Unis de l'Accord de Vienne sur le nucléaire iranien (v. cette « Chronique » n° 2018/3.58 : « Etats-Unis : retrait américain de l'accord sur le nucléaire iranien » et n° 2018/4.78 : « Etats-Unis – République Islamique d'Iran : Réimposition des sanctions économiques et retrait du traité d'amitié de 1955 »), le Président Donald Trump a décidé d'accroître la pression exercée sur l'Iran en adoptant de nouvelles sanctions, de plus en plus restrictives (v. cette « Chronique » n° 2019/1.9 : « USA – République Islamique d'Iran : Nouvelles sanctions économiques »). La teneur des sanctions ayant peu évolué depuis le début de l'année 2019, la présente note se concentre sur une présentation du rapport ainsi que sur les dysfonctionnements des sanctions économiques ciblées mis en lumière par l'ONG.

Présentation du rapport. La condamnation des sanctions repose sur le Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels de 1966 (ci-après le Pacte) signé par les Etats-Unis et ratifié par la République Islamique d'Iran. L'ONG constate que les sanctions ne respectent pas le droit à un niveau de vie suffisant, incluant « le droit

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

fondamental qu'a toute personne d'être à l'abri de la faim » (article 11) ; ainsi que le droit « qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale qu'elle soit capable d'atteindre » (article 12). Afin d'écarter l'argument selon lequel le Pacte de 1966 pose seulement des obligations de moyens et non de résultats, contrairement à son cousin relatif aux droits civils et politiques, l'ONG cite le rapport d'Anand Grover du 1er mai 2013 dans lequel il est affirmé que certaines obligations sont immédiatement opposables aux Etats. L'on retrouverait parmi ces obligations celle d'assurer « la fourniture de médicaments essentiels à toute personne, sans discrimination » (*Rapport du Rapporteur spécial sur le droit qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale possible*, Anand Grover, concernant l'accès aux médicaments, A/HRC/23/42, para. 3).

Enfin, plusieurs observations générales rendues par le Comité des droits de l'homme sont citées, la principale étant celle publiée en 1998 dans un contexte où le Conseil de sécurité des Nations Unies adoptait de nombreux embargos économiques (D. Cortright et D. Lopez, *Sanctions Decade : Assessing the UN Strategies in the 1990s*, Lynne Rienner Publishers Inc (31 mars 2000), 275 p.). Dans son observation générale, le Comité attire l'intention « sur le fait que les habitants d'un pays ne sont pas privés de leurs droits économiques, sociaux et culturels fondamentaux parce qu'il a été déterminé que leurs dirigeants ont violé des normes relatives à la paix et à la sécurité internationales » (Observation générale n° 8 (1997), *Relation entre les sanctions économiques et le respect des droits économiques, sociaux et culturels*, E/C.12/1997/8).

Bien que les observations générales du Comité n'aient aucune force obligatoire, la Cour internationale de Justice avait elle-même considéré devoir « conformer sa propre interprétation du Pacte à celle du Comité » pour la simple raison que cet organe avait été « spécialement établi en vue de superviser l'application de ce traité ». La « sécurité juridique » ainsi que « la nécessaire clarté et l'indispensable cohérence du droit international » ont incité la Cour à interpréter le Pacte à la lumière de ces observations générales (*Ahmadou Sadio Diallo* (République de Guinée c. République démocratique du Congo), fond, arrêt, CIJ *Recueil* 2010, p. 664, para. 66).

Il n'apparaît pas opportun de remettre en question la conclusion du rapport, malgré l'absence de ratification du Pacte par les Etats-Unis ou la possibilité de contester le caractère coutumier des articles 11 et 12. S'il a été choisi de se concentrer sur la question du droit à la santé et de l'accès aux médicaments, c'est pour souligner les difficultés de mise en œuvre dont souffrent les exemptions humanitaires. Le rapport préfère s'intéresser à ce qui doit être amélioré dans le fonctionnement des sanctions à défaut de pouvoir obtenir leur levée par les Etats-Unis (pour un examen de la licéité de sanctions du même type, v. cette « Chronique » n° 2019/4.68 concernant le Venezuela).

Le fonctionnement des sanctions au cœur de la condamnation par le rapport. Les recommandations adressées au Gouvernement des Etats-Unis par le rapport mettent en lumière la nécessité de rassurer les banques et institutions financières étrangères. Malgré l'existence d'exemptions humanitaires pour tous produits alimentaire ou médicaux, l'ONG constate que les banques ont annulé tout contrat avec la République islamique d'Iran par crainte de tomber sous le coup des sanctions extraterritoriales des Etats-Unis. L'instinct de survie dont font preuve ces institutions ne surprend par lorsqu'on se souvient de l'amende record imposée à la BNP Paribas pour avoir violé les

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

embargos financiers adoptés par les Etats-Unis en 2014 (*Le Monde*, « La BNP paiera une amende de près de 9 milliards de dollars aux Etats-Unis », 30/06/2014).

Cette crainte des acteurs financiers a alors neutralisé les efforts de la Banque centrale iranienne à endiguer la dévaluation de la monnaie, passée à 48 784 Rials iraniens pour un dollar en août 2018. Celle-ci a émis une monnaie subventionnée pour l'achat d'équipements médicaux permettant d'assurer qu'un dollar soit équivalent à 42 000 Rials. Ces subventions présentent peu d'utilité tant que les banques ne sont pas prêtes à endosser le rôle d'intermédiaire dans les contrats ayant pour objet les biens humanitaires.

Bien que l'Iran produise 97% des médicaments consommés sur son territoire, le rapport relève qu'un tiers des matériaux essentiels à cette production sont importés. L'Iran importe aussi certains médicaments requis au traitement de maladies rares ou de cancers. Enfin, il est indiqué que 70% des équipements médicaux sont issus de l'importation.

Il est souligné que l'Iran n'est pas, contrairement au Venezuela, en situation de pénurie de médicaments. Malgré tout, plusieurs facteurs inquiètent l'ONG. Particulièrement le fait que les « *patients with rare diseases that require imported medications for their treatment are facing increasing difficulty in accessing or completing their treatment* », ou encore l'accroissement de l'inflation depuis avril 2018 rendant impossible l'accès à certains médicaments aux classes les moins aisées de la population (il est rapporté que le FMI estime l'inflation à 37% d'ici la fin de l'année 2019).

Autre obstacle à la protection de la population : les contrôles réalisés par Bureau de Contrôle des Avoirs Etrangers (OFAC sous son acronyme anglais). L'ONG relève que « *between October 2014 and September 2016, out of 1 595 applications filed by US entities for a license for humanitarian trade with Iran, OFAC issued 556 specific licenses. Out of the 1 595 requests filed, 108 applications (28 granted) were for export of medicine and 1 246 (499 granted) were for medical equipment* ». L'OFAC souffre de deux travers ralentissant l'effectivité des exemptions humanitaires : d'une part la lenteur de traitement des demandes d'autorisation à contracter avec des entités iraniennes (qui servent à s'assurer que le contrat exécuté par l'institution financière est conforme aux sanctions) ; d'autre part le nombre important de refus prononcé par le Bureau.

Enfin, les nouvelles mesures adoptées par l'administration Trump retirent tout effet utile aux exemptions humanitaires. Un rapport du Congrès des Etats-Unis souligne que la qualification de la Banque centrale d'entité terroriste le 20 septembre 2019 « *voids that exception* » (voyez à la page 21 : *https://fas.org/sgp/crs/mideast/RS20871.pdf*). En effet, l'ordre présidentiel n° 13224 qui permet cette qualification ne contient aucune exception d'ordre humanitaire, neutralisant celle contenue au paragraphe 2 de la section 1245 du *National Defense Authorization Act for Fiscal Year* 2019.

Réaction des Etats-Unis. Les critiques exposées dans ce rapport reprennent celles formulées auparavant par un nombre important d'acteurs auparavant (v. par exemple la requête de l'Union européenne à ce que les Etats-Unis adoptent une liste blanche, qui donnerait des directives claires aux banques et sociétés européennes sur les conditions dans lesquelles elles peuvent commercer avec l'Iran conformément aux sanctions économiques : *The Guardian*, « US rebuffs Europeans over ensuring Iran sanctions exempt food and medicine », 02/11/2018). Ceci peut expliquer la proposition des Etats-

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

Unis en faveur des exemptions humanitaires, formulée le 25 octobre 2019, soit trois jours avant la publication du rapport.

Le Département du Trésor des Etats-Unis a annoncé un nouveau mécanisme censé redonner confiance dans les exemptions humanitaires auprès des acteurs financiers étrangers (*https://home.treasury.gov/news/press-releases/sm804*). Ces acteurs pourront obtenir de cet organisme une confirmation écrite que la chaîne de financement proposée par un contrat portant sur les biens à vocation humanitaire est licite au regard des sanctions économiques. En contrepartie cependant, de très nombreuses informations concernant les parties aux contrat devront être fournies, tels que leur identité ou leur lien avec des *Specially Designated Nationals and Blocked Persons*, ce afin de s'assurer que les revenus issus de la transaction ne soient pas détournés par les entités ciblées par les sanctions (pour voir le détail des informations demandées, v. les pp. 3 et 4 du document émis par l'OFAC, disponible en ligne : *https://www.treasury.gov/resource-center/sanctions/Programs/Documents/iran_humanitarian_20191025.pdf*).

Plutôt que de proposer une liste de produits pouvant être importés par l'Iran, les Etats-Unis adoptent un mécanisme complexe, proche des mécanismes de contrôle utilisés par les Comités des sanctions que le Conseil de sécurité avait l'habitude de constituer lors de l'imposition de sanctions économiques globales (v. l'article de F. Alabrune, à l'*AFDI* (1999) : « La pratique des comités des sanctions du Conseil de sécurité depuis 1990 », spéc. pp. 251-271). A y regarder de plus près, la pratique actuelle des sanctions économiques entraîne un retour aux problèmes soulevées par les sanctions économiques globales. Les sanctions ne sont plus ciblées lorsqu'elles visent des milliers de personnes et d'institutions ; encore moins lorsque des institutions vitales pour le fonctionnement du pays, telle que la Banque centrale iranienne, sont paralysées. De façon assez paradoxale, le recours massif à la précision des sanctions ciblées entraîne des conséquences semblables à cet ancien « instrument peu précis » que constituaient les sanctions économiques globales (B. Boutros-Ghali, *Supplément pour l'Agenda pour la Paix* (S/1995/1*), para. 70, p. 17).

J.-B. D.

ETATS-UNIS – ROYAUME-UNI

L'extradition de Julian Assange

2020/1.6 - Le 24 février 2020, débutera l'audience finale relative à l'extradition de Julian Assange vers les Etats-Unis. Si la demande d'extradition est reçue favorablement par les juridictions britanniques, le fondateur et ancien rédacteur en chef de Wikileaks fera face à pas moins de dix-huit chefs d'accusation, d'ores et déjà retenus contre lui sur la base d'une enquête menée par un grand jury fédéral de l'Etat de Virginie. Par voie d'un communiqué de presse daté du 23 mai 2019, le ministère de la justice étasunien révélait en effet que Julian Assange était accusé de « complot en vue de recevoir des informations relatives à la défense nationale » et de « commettre des actes de piratage informatique », ainsi que de l' « obtention » et de la « divulgation d'informations relatives à la défense nationale » dans le cadre de ses activités liées à Wikileaks, site internet spécialisé dans l'analyse et la publication de vastes ensembles de données contenant des documents officiels censurés ou autrement restreints (*https://www.justice.gov/opa/pr/wikileaks-founder-julian-assange-charged-18-count-*

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

superseding-indictment). Ces accusations visent la publication de rapports d'activité étasuniens sur les guerres d'Afghanistan et d'Irak, de fiches d'évaluation des détenus de Guantanamo Bay et de câbles du département d'Etat partagés par Chelsea Manning, ancienne analyste du renseignement de l'armée des Etats-Unis, actuellement emprisonnée pour entrave au bon fonctionnement de la justice après avoir refusé de témoigner contre Julian Assange au cours de l'enquête ainsi menée.

Considérations générales - Avant d'aborder les aspects proprement juridiques d'une affaire dont on ne saurait surestimer l'importance, il convient de rappeler la situation en quelques mots. Les documents diffusés par Wikileaks ont été étudiés, triés et publiés par des médias européens qui, si on ne veut pas les qualifier « d'officiels » ne sauraient pour autant l'être de crypto-tracts de propagande complotiste (*El Pais, Le Monde, New York Time* pour ne citer qu'eux). L'ire étatsunienne a ouvert un jeu étatique à trois niveaux dont Julian Assange est l'enjeu et la victime. Au premier niveau les Etats-Unis dans le rôle de l'Etat lésé – distribution qui relève d'un renversement orwellien – au deuxième niveau, les Etats sous première pression étasunienne à savoir la Grande-Bretagne et la Suède et enfin le vaste troisième niveau des Etats sous deuxième pression étatsunienne, parmi lesquels la Suisse, la France et l'Equateur.

Il n'a échappé à personne que les Etats-Unis souhaitent l'extradition de J. Assange et ont toutes raisons de croire au moins à sa condamnation à plus d'un siècle de prison par des tribunaux impartiaux pour espionnage. A ce motif s'en ajoute un autre moins visible et de nature politique lui aussi, relatif au rôle joué par la divulgation de certaines informations relatives aux irrégularités commises lors des primaires au bénéfice d'Hillary Clinton et au détriment de Bernie Sanders ayant, par report de voix, finalement contribué à l'élection de D. Trump. Même s'il touche par certains aspects paradoxaux à la question de l'ingérence on laissera cet aspect de côté ici, tout comme la déclaration du Président des Etats-Unis sur la peine de mort que mérite Julian Assange (*https://edition.cnn.com/2017/01/04/politics/kfile-trump-wikileaks/*).

Par ailleurs, juste après la publication des documents par Wikileaks est réapparue une curieuse affaire non de viol mais de « sexe par surprise » (qui désigne un rapport sexuel consenti mais – de façon non consentie - sans protection). Si sur ce point toutes les charges ont été abandonnées depuis (en 2017 puis en 2019), il reste que, à ce moment (fin 2010, au moment où le *Times* et *Le Monde* font d'Assange « l'homme de l'année »), après avoir abandonné les poursuites et laissé J. Assange se rendre en Grande-Bretagne, les tribunaux suédois ont pourtant émis un mandat d'arrêt européen puis international contre lui pour ces affaires sexuelles.

Arrêté par les autorités britanniques pour procéder à son extradition vers la Suède tout en bénéficiant d'une liberté surveillée, J. Assange déclare accepter de se présenter devant la justice suédoise sous la condition de n'être pas extradé aux Etats-Unis, garantie qui ne lui a jamais été donnée. Renouant avec les mânes de Haya della Torre, J. Assange s'est réfugié dans les locaux de l'ambassade de l'Equateur à Londres où, comme on le sait, il restera sept années dans des conditions de vie et d'isolement épouvantables (isolé et espionné). Le président R. Correa lui octroiera la nationalité équatorienne, mais l'élection de Luis Moreno attaché à un programme libéral conforme aux vues du FMI et des Etats-Unis aura de tout autres conséquences dont, naturellement, son expulsion de l'ambassade équatorienne et sa remise aux autorités britanniques. Comme on le verra un peu plus bas, c'est le fait d'avoir violé les conditions de sa liberté sous caution qui est à

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

la base du mandat d'arrêt délivré cette fois par les autorités britanniques. Il est détenu depuis avril 2019 dans la prison de haute sécurité de Belmarsh dont les conditions de détention absolument hors de proportion avec l'infraction qui la justifie légalement suffisent à montrer – s'il en était besoin – la pleine solidarité de la Grande-Bretagne avec les objectifs des Etats-Unis dans cette cause. Au moment où ces lignes seront imprimées, la décision de la justice britannique sera peut-être rendue ; faute d'une pression de l'opinion publique internationale efficace, redoutons le verdict des tribunaux du pays de l'*Habeas corpus*. Ce qui relève d'une analyse juridique prospective dans les lignes qui suivent deviendra objet d'étude pour future chronique de jurisprudence. En attendant, épargnons enfin, quoi que l'on en pense, le cas des représentants de la France – du président Hollande notamment – qui, après une mûre réflexion de 45 minutes, rejettera la demande de protection de J. Assange et celui de la Suisse, qui a également montré combien elle redoute avant tout de froisser les Etats-Unis. Mais que l'analyse juridique ne fasse pas oublier pas ce qui demeure au centre de cette affaire : la dénonciation de crimes de guerre (et non une divulgation s'apparentant à de l'espionnage) dont nul ne songe à dire qu'elle a mis en danger la sécurité des Etats-Unis plutôt que leur image, du fait de la publicité donnée aux moyens honteux auxquels ils eurent recours lors de l'une des entreprises de violation du droit international les plus flagrantes de la première décennie de ce siècle.

De quelques aspects de droit international de l'affaire - Si Mike Pompeo, actuel Secrétaire d'Etat étasunien, présente l'aboutissement de la procédure d'extradition comme inéluctable, celle-ci est toutefois susceptible d'être contrée par de nombreux obstacles juridiques contenus dans l'*Extradition Act* britannique de 2003, en vigueur depuis le 1er janvier 2004 (*https://www.legislation.gov.uk/uksi/2003/3103/article/2/made ; http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/41/pdfs/ukpga_20030041_en.pdf*), le traité d'extradition conclu entre le Royaume-Uni et les Etats-Unis en 2003, entré en vigueur le 26 avril 2007 (*https://fas.org/irp/world/uk/extradite.pdf ; https://www.gov.uk/government/publications/extradition-treaty-between-the-uk-and-the-usa-with-exchange-of-notes*) ainsi que dans la Convention européenne relative aux droits de l'Homme de 1950, entrée en vigueur le 3 septembre 1953. (*https://www.eluniverso.com/noticias/2019/07/20/nota/7434186/mike-pompeo-secretario-estado-eeuu-llego-guayaquil-reunirse-lenin*)

A titre préliminaire, il convient de déterminer si les accusations formulées contre Julian Assange sont fondées sur des infractions passibles d'extradition. Aux termes du traité bilatéral d'extradition liant le Royaume-Uni aux Etats-Unis, il est prévu, à l'article 2(1), qu' « une infraction est passible d'extradition si le comportement sur lequel il est fondé est puni, en vertu de la législation des deux Etats, par une peine privative de liberté d'un an ou plus, ou par une peine plus sévère » (notre trad. pour : « *An offense shall be an extraditable offense if the conduct on which the offense is based is punishable under the laws in both States by deprivation of liberty for a period of one year or more or by a more severe penalty* »). Le paragraphe 2 prévoit que la complicité à ces infractions est également passible d'extradition. Cette exigence de double incrimination est satisfaite en droit étasunien par l'*Espionage Act* de 1917 (*https://govtrackus.s3.amazonaws.com/legislink/pdf/stat/40/STATUTE-40-Pg217.pdf* ; v. à ce sujet *https://www.washingtonpost.com/local/legal-issues/wikileaks-founder-julian-assange-charged-with-violating-espionage-act/2019/05/23/42a2c6cc-7d6a-11e9-a5b3-34f3edf1351e_story.html*) qui permet de condamner à dix ans de détention, l'espionnage et la publication de documents classifiés.

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

En droit britannique, les *Official Secrets Acts* de 1911-1989 condamnent les actes d'espionnage à une peine maximale de quatorze ans de détention et la divulgation non autorisée d'informations relatives à la sécurité, à la défense ou aux relations internationales à deux ans de détention. Dans les deux Etats, des peines plus longues peuvent être requises dans le cas où une série d'infractions aurait été commise. Ainsi apparaît-il que les chefs d'accusation fondés sur l'espionnage invoqués par les Etats-Unis, visent des infractions suffisamment graves pour être passibles d'extradition au regard du droit britannique, satisfaisant ainsi la condition de double incrimination énoncée par le traité bilatéral.

Dans ce contexte, la nature des infractions invoquées doit également être précisée. L'article 4 du traité d'extradition conclu entre les Etats concernés stipule que la demande de l'Etat requis doit être rejetée si l'infraction pour laquelle l'extradition est requise revêt un « caractère politique » ou si la demande d'extradition est politiquement motivée. Pour autant, la notion d'infraction politique n'est pas définie par le traité, pas plus que par le droit international, laissant ainsi un grand pouvoir d'appréciation au juge qu'il convient d'éclairer. En matière d'infraction politique, la pratique anglo-étasunienne tend à privilégier une analyse qui distingue l'infraction « pure » – objective – de l'infraction relative - subjective. L'infraction politique « pure » implique un comportement dirigé contre la souveraineté de l'Etat requérant. De longue date, la trahison et l'espionnage ont été reconnus comme des infractions politiques objectives. Ainsi Maxime Lairé dressait-il, dès 1911, un panorama doctrinal lui permettant d'affirmer qu'il y avait nécessairement infraction politique « lorsqu'il y [avait] atteinte à un droit spécial de l'Etat … la sécurité nationale étant nécessairement un droit souverain spécial » (M. Lairé, *L'extradition et les délits politiques*, thèse Nancy, Paris, L. Larose & L. Tenin, 1911). Si l'infraction politique objective est communément admise comme constituant un obstacle à une demande d'extradition, les effets de l'infraction politique subjective sont davantage débattus dans la doctrine, mais aussi dans la pratique judiciaire. La subjectivité du caractère politique est retenue lorsque l'infraction réputée commise est composée d'éléments délictuels ou criminels de droit commun motivés idéologiquement ; le caractère politique de ces crimes et délits résidant dans le critère idéologique. Pour identifier l'infraction politique subjective, la pratique anglo-étasunienne a recours à un test «d'incidence», qui exige que l'acte délictuel ou criminel soit accessoire à la motivation politique et que celui-ci s'inscrive dans une dynamique de troubles politiques. Les Etats-Unis sont réputés avoir une appréciation très stricte de ces critères. En particulier, l'extradition des Etats-Unis vers un autre Etat ne peut être refusée que si les actes litigieux sont commis pendant le déroulement d'hostilités entre forces en conflit et qu'ils sont étroitement liés audit conflit, causalement ou idéologiquement.

En l'espèce, sur la base des accusations formulées par les Etats-Unis, il semble difficile de contester le caractère objectivement politique des infractions auxquelles Julian Assange doit répondre. En effet, pour les représentants étasuniens, le fondateur de Wikileaks est portraituré comme un « hacker » coupable d'espionnage, dont la qualité d'éditeur et de journaliste est explicitement rejetée. Sans entrer dans les détails de ce débat qui s'inscrit davantage dans une entreprise politique de décrédibilisation de l'activité de Julian Assange et de protection de l'Etat requérant face aux critiques relatives à son absence de respect pour les droits de la presse, les infractions reprochées à Julian Assange fondées sur l'espionnage et la diffusion d'informations relatives à la défense nationale, qu'elles s'inscrivent ou non dans une démarche journalistique, portent

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

sans aucun doute atteinte à des droits spéciaux de l'Etat requérant, à sa sécurité intérieure, extérieure voire à son ordre politique. En effet, les documents publiés révèlent des agissements certainement constitutifs de crimes de guerre, des « techniques d'interrogatoire renforcées » violant les droits humains les plus élémentaires, ainsi que des câbles diplomatiques embarrassants pour les relations internationales des Etats-Unis. En cela, et parce que l'essence de l'infraction politique repose sur la nécessité d'offrir à toute personne extradée un procès juste, équitable, mené par une justice d'Etat impartiale, il apparaît que Julian Assange pourra se prévaloir de l'exception politique devant les juridictions britanniques pour empêcher son extradition vers les Etats-Unis.

Le risque élevé que Julian Assange subisse un procès politique partial sur le territoire étasunien conduit à évoquer plus précisément la question du droit à un procès juste et équitable, droit fondamental garanti par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme à laquelle l'*Human Rights Act* de 1998 donne plein effet dans l'ordre juridique britannique. Depuis le 11 avril 2019, date de son expulsion de l'ambassade d'Equateur au Royaume-Uni, Julian Assange est détenu dans la prison de haute sécurité de Belmarsh. Lors d'une audience procédurale tenue le 21 octobre 2019, il déclarait : « Je ne comprends pas comment tout cela est équitable. Cette superpuissance a eu dix ans pour se préparer à cette affaire et je ne peux même pas accéder à mes écrits. Il m'est très difficile de faire quoi que ce soit alors que ces personnes disposent de ressources illimitées. Ce n'est pas équitable » (*https://www.theguardian.com/media/2019/oct/21/julian-assange-extradition-judge-refuses-request-for-delay-wikileaks*). Cette affirmation, au simple stade de la procédure d'extradition, renforce les craintes partagées par les représentants de l'Organisation des Nations Unies quant au traitement qui pourrait être infligé à Julian Assange en territoire étasunien. En particulier, Nils Melzer, rapporteur spécial contre la torture, déclarait récemment qu'en cas d'extradition vers les Etats-Unis, « Julian Assange pourrait être exposé à un risque réel de violations de ses droits humains, incluant son droit à la liberté d'expression, son droit à un procès équitable et la prohibition de la torture et autres traitements cruel, inhumain ou dégradant ». Il s'alarmait également contre la « persécution collective » dont Julian Assange fait l'objet, déclarant qu'en « vingt ans de travail avec des victimes de guerre, violence et persécution politique, [il n'avait] jamais vu un groupe d'Etat démocratiques se rassembler pour isoler, diaboliser et maltraiter délibérément un seul individu … avec aussi peu de respect pour la dignité humaine et la primauté du droit ». (*https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=24665*).
En ce sens, l'indifférence politique générale quant aux révélations du quotidien espagnol *El Pais* selon lesquelles Julian Assange avait été espionné par une entreprise de sécurité espagnole pour le compte des Etats-Unis durant ses années d'enfermement à l'ambassade d'Equateur, est éloquente. Cette intrusion dans sa vie privée et dans ses échanges confidentiels avec ses avocats et conseillers accentue les risques que Julian Assange soit jugé par un tribunal étasunien partial au cours d'un procès inéquitable dans lequel il serait présumé coupable. A ce titre, il convient de remarquer que, sur la base de l'*Extradition Act* britannique de 2003 [voir Order 2003 No. 3312 (C. 131) *http://www.legislation.gov.uk/uksi/2003/3334/made*], les Etats-Unis sont considérés comme un Etat de « catégorie 2 », à savoir un Etat non concerné par le mandat d'arrêt européen mais avec lequel le Royaume-Uni a conclu un traité bilatéral d'extradition. Or, l'article 87 de cet acte prévoit que le juge britannique doit ordonner la remise en liberté (« *discharge* ») de la personne concernée si son extradition est incompatible avec

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

le respect de ses droits humains tels que garantis par la Convention européenne des droits de l'homme.

Concernant les droits humains, il est également nécessaire d'envisager la question des mauvais traitements soulevée par le représentant de l'ONU et ce, à travers le prisme d'une potentielle condamnation disproportionnée. Sur la base des dix-huit chefs d'accusations qui sont - à ce jour - retenus contre lui, Julian Assange risque jusqu'à 175 ans de prison. Agé de 48 ans, il est probable que le fondateur de Wikileaks soit emprisonné pour le reste de sa vie s'il est jugé par les juridictions étasuniennes. La question de l'emprisonnement à perpétuité soulève une question dans les relations entre le Royaume-Uni et le Conseil de l'Europe. Dans son arrêt du 9 juillet 2013 *Vinter et autres c. Royaume-Uni*, la Cour européenne des droits de l'Homme a condamné l'Etat britannique pour sa législation pénale autorisant la condamnation à perpétuité incompressible, celle-ci étant réputée incompatible avec l'article 3 de la Convention, protégeant contre les traitements inhumains, dégradants et la torture :

> 109. Pour déterminer si dans un cas donné une peine perpétuelle peut passer pour incompressible, la Cour recherche si l'on peut dire qu'un détenu condamné à perpétuité a des chances d'être libéré. Là où le droit national offre la possibilité de revoir la peine perpétuelle dans le but de la commuer, de la suspendre, d'y mettre fin ou encore de libérer le détenu sous conditions, il est satisfait aux exigences de l'article 3 […]
>
> 119. Pour les raisons avancées ci-dessus, la Cour considère qu'en ce qui concerne les peines perpétuelles l'article 3 doit être interprété comme exigeant qu'elles soient compressibles, c'est à dire soumises à un réexamen permettant aux autorités nationales de rechercher si, au cours de l'exécution de sa peine, le détenu a tellement évolué et progressé sur le chemin de l'amendement qu'aucun motif légitime d'ordre pénologique ne permet plus de justifier son maintien en détention [*http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-122694*].

Pour autant, le Royaume-Uni est entré en résistance contre la Cour en refusant d'assortir les condamnations à perpétuité d'une possibilité de libération ou d'une possibilité de réexamen. En dépit de l'état du droit européen et du risque d'une condamnation par ricochet du Royaume-Uni en cas d'une peine disproportionnée infligée à Julian Assange par les juridictions étasuniennes, il y a donc peu de chances que cet argument soit retenu sur la base de l'article 87 de l'*Extradition Act*.

Il convient enfin de souligner que la législation de l'Etat de Virginie autorise la peine capitale. C'est d'ailleurs l'Etat qui, après le Texas, a exécuté le plus de personnes depuis 1976. Or, depuis l'arrêt *Soering c. Royaume Uni* du 7 juillet 1989, les Etats membres du Conseil de l'Europe ne peuvent plus extrader vers des Etats qui, comme les Etats-Unis, autorisent la peine de mort en soumettant les condamnés à des traitements inhumains ou dégradants. Cette exigence de non-extradition en cas d'une potentielle condamnation à la peine capitale est également protégée par l'article 7 du traité d'extradition conclu entre les Etats-Unis et le Royaume-Uni, ainsi que par l'article 94 de l'*Extradition Act* britannique. Toutefois, cette exigence peut être aisément écartée si l'Etat requérant présente des garanties quant à une non-condamnation à la peine capitale. En pratique, c'est ce que les Etats-Unis font dans leurs relations avec les Etats européens. Hormis la question du droit à un procès juste et équitable, inextricablement liée à la question de

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

l'infraction politique, les arguments relatifs aux droits humains de Julian Assange ont donc peu de chances de jouer en sa faveur au cours de son audience d'extradition.

Il en est tout autrement des arguments relatifs à son état de santé. L'article 91 de l'*Extradition Act* britannique prévoit que le juge peut ordonner la remise en liberté (*discharge*) de la personne concernée par la procédure d'extradition si sa condition physique ou mentale est telle qu'il serait injuste ou oppressif de l'extrader. En l'occurrence, la santé physique, tout comme la santé mentale de Julian Assange, sont réputées avoir grandement souffert de sa réclusion longue de sept années dans une petite pièce de l'ambassade d'Equateur, ainsi que de ses conditions de détention actuelles à Belmarsh. Le 25 novembre 2019, une soixantaine de médecins publiait une lettre ouverte afin de demander une évaluation médicale de son état de santé physique et psychologique en urgence, dans un hôpital externe à la prison [« Any medical treatment indicated should be administered in a properly equipped and expertly staffed university teaching hospital (tertiary care) », *https://medium.com/@doctors4assange/concerns-of-medical-doctors-about-the-plight-of-mr-julian-assange-ffb09a5dd588*]. Leur alerte fait suite à de nombreux témoignages des personnes qui ont pu visiter Julian Assange durant son incarcération et ont toutes constaté un état physique et psychologique déplorable, en état de dégradation croissante, à tel point que celui qui pourrait être sauvé, le cas échéant, n'est d'ores et déjà qu'un homme brisé par la torture, l'ombre de Julian Assange. Cet argument doit être sérieusement considéré. En effet, en 2012, Theresa May s'était opposée à l'extradition de Gary McKinnon, un hacker ayant piraté le système informatique de la NASA et de l'*US Army* sur la base de son état de santé, et alors même que les juridictions britanniques avaient autorisé son extradition. Qui sait si une mobilisation de l'opinion publique pourrait être susceptible d'avoir un impact similaire et décider, en dernier recours, de la non-extradition de Julian Assange vers les Etats-Unis pour préserver son état de santé ?

La défense de Julian Assange semble pouvoir s'appuyer sur des éléments juridiques sérieux pour contrer son extradition même si nombre d'arguments laissent une grande marge d'appréciation au juge britannique. En acceptant son extradition, le Royaume-Uni ouvrirait la voie à un précédent inédit − et inquiétant − à savoir, la condamnation probable – et sans aucun doute disproportionnée − par les Etats-Unis d'un journaliste et éditeur étranger pour avoir publié des informations sur des crimes de guerre, de graves violations des droits de l'homme en territoire étranger et ce, sur la base du droit étasunien sur « l'espionnage ». Cette affaire mérite une attention aiguë de la part de l'opinion publique internationale. En effet, n'oublions pas que ceux qui ont relayé le plus largement les informations de Wikileaks sont les principaux médias notamment européens. En toute logique ils devraient eux aussi se trouver sur le banc des accusés, et avec eux, la liberté d'information.

D. A. & A.D.T.

FRANCE

1°) Le cas Edward Snowden - Droit d'asile et lanceurs d'alerte

2020/1.7 - Dans une déclaration faite le 19 septembre 2019, le Ministère des affaires étrangères Jean-Yves Le Drian annonçait son refus d'accorder l'asile au lanceur d'alerte Edward Snowden en précisant que cette demande avait déjà été rejetée en 2013 et qu'il n'y

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

avait pas lieu pour la France de revoir sa position (*https://www.lemonde.fr/pixels/article/2019/09/19/la-france-exclut-toujours-d-accorder-l-asile-a-edward-snowden_5512319_4408996.html*).

Ancien consultant de la CIA et de la NASA, Edward Snowden est connu pour avoir dévoilé en 2013 l'existence d'un système de surveillance de masse mis en place par les Etats-Unis. Ce dernier justifiait son action par la volonté d'informer les citoyens américains des violations de leurs droits individuels réalisées en leur nom et par leur propre gouvernement. Anticipant les poursuites lancées contre lui pour violation du *Espionnage Act* de 1917 pour avoir révélé des informations relevant du secret d'Etat, Edward Snowden a quitté les Etats-Unis dès 2013 pour d'abord trouver refuge à Hong-Kong avant d'obtenir l'asile en Russie où il réside encore actuellement.

La communauté internationale à travers la voix du Conseil de sécurité semble avoir condamné la mise en place de systèmes de surveillance comme celui dénoncé par Edward Snowden. Ainsi la Résolution 68/167 adoptée le 21 janvier 2014 du Conseil de sécurité des Nations Unies souligne notamment que « la surveillance illicite ou arbitraire ou l'interception des communications, ainsi que la collecte illicite ou arbitraire de données personnelles, qui sont des actes extrêmement envahissants, portent atteinte aux droits à la vie privée et à la liberté d'expression et pourraient aller à l'encontre des principes de toute société démocratique » et invite les Etats à respecter et protéger le droit à la vie privée de leurs ressortissants. Reste que les multiples demandes d'asile formulées par E. Snowden auprès de 21 Etats se sont vues systématiquement refusées, exception faite de la Russie où il bénéficie désormais d'un droit de séjour permanent.

Le refus réitéré de la France d'accueillir le lanceur d'alerte n'est malheureusement pas unique. Pour ce qui est de la France, on rappelle que le droit d'asile constitue un principe à valeur constitutionnelle (Conseil constitutionnel, 25 février 1992, n° 95-397 DC, § 8, 13 août 1993, n° 93-325 DC § 84, 22 avril 1997, n° 97-389 DC § 26) reconnu sur le fondement du quatrième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 qui dispose que « tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a droit d'asile sur les territoires de la République » et inscrit à l'article 53-1 de la Constitution. Serait-il vraiment inconvenant de regarder l'action d'Edward Snowden comme une action fondamentalement liée à la protection de la liberté à travers le droit au respect de la vie privée des individus dont les données sont collectées à leur insu ? La position française semble d'autant plus sévère que la demande du lanceur d'alerte n'a pas à proprement parlé fait l'objet d'un examen. La France délègue en effet à l'Office français de protection des réfugiés et des apatrides (OFPRA) la tâche d'examiner les demandes d'asile en vérifiant notamment si les demandeurs d'asile répondent aux conditions d'octroi de la qualité de réfugié sur le fondement de la Convention ou de la Constitution. Pour que cet examen ait lieu, le demandeur doit se trouver sur le territoire français ou à sa frontière. En l'espèce, la demande était formulée par Edward Snowden de l'étranger. Dans ces circonstances il fallait dans un premier temps faire une demande de visa au Ministre de l'Intérieur. Une telle demande avait été faite en 2013, le premier ministre d'alors, Manuel Valls, avait refusé d'y répondre en retenant dans les termes lapidaires qui lui étaient familiers que « Compte tenu des éléments d'analyse juridique et de la situation de l'intéressé, il n'y sera pas donné suite» (*https://mobile.interieur.gouv.fr/fr/Archives/Archives-des-communiques-de-presse/2013-Communiques/Demande-d-asile-de-M.-Edward-Snowden*).

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

Pas de visa au titre de l'asile, pas de demande d'asile. Cela n'interdit pas de s'interroger sur les chances de succès qu'aurait eues une telle demande si elle avait pu être formulée. Du point de vue conventionnel, l'article 1er de la Convention de Genève permet l'octroi de la qualité de réfugié à tout individu craignant avec raison d'être persécuté par l'Etat de sa nationalité sur la base d'un des critères exhaustifs que sont la race, la religion ou la nationalité, l'appartenance à un groupe social, ou encore les opinions politiques. S'agissant d'Edward Snowden il pourrait être considéré que les poursuites pénales dont celui-ci fait l'objet aux Etats-Unis ainsi que les motivations politiques de son acte (la défense d'un idéal démocratique respectueux de la vie privée) permettent de remplir ces conditions cumulatives (v. les observations sur l'extradition de J. Assange dans cette même « Chronique » *supra* n° 2020/1.7).

Deux obstacles pourraient s'y opposer. Il ressort d'une jurisprudence établie que les poursuites pénales dans l'Etat de nationalité peuvent valablement être invoquées au titre de la crainte de persécution fondée sur des opinions politiques (depuis longtemps : CRR, 22 décembre 1997, *Lassoued*, n° 299708, CRR, 26 février 1990, *Aït Ahmed*, n° 64125, CRR, 5 novembre 1997, *Khatchik*, n° 313844, CRR, 28 juin 1995, *Yildiz*, n° 280438, CE, 28 juillet 1989, *Bakhci*, n° 83344, CRR, 27 octobre 1997, *Zamora*, n° 307283 ; et récemment : CJUE, GC, 5 septembre 2012, *Y.Z.,* C-71/11 et C-99/11, qui porte sur la question des cas dans lesquels l'application d'une règle, notamment sous forme de poursuite, peuvent être constitutifs d'une persécution, article 9 § 2 c) de la directive qualification qui qualifie de persécution les poursuites ou sanctions disproportionnées ou discriminatoire). A cela s'ajoute le fait que sous l'angle du droit américain Edward Snowden est présumé avoir commis une infraction pénale. Or, le Conseil d'Etat avait considéré dans une affaire *M. Mac Nair* qu' « En admettant que le détournement d'avion dont M. Y… Z… Melvin s'est rendu coupable aurait pu avoir un motif politique, cette circonstance ne saurait impliquer que les poursuites auxquelles ce crime expose ses auteurs soient constitutives d'une persécution du fait d'opinions politiques précitées de la Convention de Genève» (CE, 18 avril 1980, *M. Mac Nair*, n° 13914). En ce sens, le motif politique justifiant la commission d'une infraction ne saurait suffire à l'établissement d'une persécution résultant du simple exercice de poursuites pénales par l'Etat de nationalité du demandeur. Comme l'a précisé l'arrêt de la CJUE précité de 2012, sont des persécutions des poursuites *disproportionnées ou discriminatoires*.

Les mêmes objections pourraient être opposées à une demande fondée sur l'alinéa 4 du Préambule de la Constitution de 1946. *Prima facie* l'on pourrait en effet considérer que les révélations d'Edward Snowden constituent une action en faveur de la liberté qui lui vaudrait élection à la qualité de réfugié en application de l'article L.711-1 du CESEDA. Il est vrai que – même si des organes tels que l'OFPRA ou la Cour nationale du droit d'asile ne devraient en principe pas tenir compte de ce genre de considérations – qualifier Edward Snowden de combattant pour la liberté comporterait l'implicite condamnation de l'action des Etats-Unis comme liberticide, ce qui pourrait contrarier la diplomatie de l'exécutif.

En tout état de cause, l'octroi de l'asile à Monsieur Snowden semble plus inopportun qu'impossible. L'article L.711-14 du CESEDA reprenant l'article 1 F de la Convention de Genève prévoit à ce titre des clauses d'exclusion permettant notamment aux Etats d'opposer aux demandeurs la commission par eux de crimes graves de droit commun à

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

l'attribution du statut de réfugié. L'action du lanceur d'alerte semble toutefois relever plutôt de la catégorie des infractions politiques qui ne peuvent en principe relever de cette clause qu'à raison d'une violence particulière (*https://www.ofpra.gouv.fr/fr/asile/l-exclusion-et-le-refus-de-statut*), ce qui n'est pas le cas en l'espèce. L'opposition française à la demande d'asile d'Edward Snowden n'est donc pas imposée par le droit des étrangers. Eu égard au régime français de protection des lanceurs d'alerte, ce refus semble plutôt imputable à l'absence de volonté de l'Etat français de leur assurer une telle protection.

Celle-ci est en l'état assurée par la Loi Sapin II du 9 décembre 2016 qui leur attribue pour la première fois un statut juridique à part entière. Défini comme toute « personne physique qui révèle ou signale, de manière désintéressée et de bonne foi, un crime ou un délit, une violation grave et manifeste d'un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France, d'un acte unilatéral d'une organisation internationale pris sur le fondement d'un tel engagement, de la loi ou du règlement, ou une menace ou un préjudice graves pour l'intérêt général, dont elle a eu personnellement connaissance » (article 6 de la Loi 2016-1691 du 9 décembre 2016), le lanceur d'alerte peut bénéficier d'une irresponsabilité pénale et se voir protégé d'éventuelles représailles professionnelles. Mais il faut lire la suite de la disposition : ce même article prévoit que « Les faits, informations ou documents, quel que soit leur forme ou leur support, couverts par le secret de la défense nationale, le secret médical ou le secret des relations entre un avocat et son client sont exclus du régime de l'alerte défini par le présent chapitre ». Les lanceurs d'alerte n'ont plus grand chose à lancer… Conclusion : les informations couvertes par le secret de la défense nationale sont exclues du régime français de protection. Que les candidats à une action similaire à celle d'Edward Snowden en France se le tiennent pour dit.

Le refus d'examen de la demande de visa d'Edward Snowden se superposant à celui de l'Etat français d'accorder l'asile à titre grâcieux révèlent ainsi un véritable écueil dans la protection offerte aux lanceurs d'alerte.

I. S.F.G.

2°) Pratique française récente en matière de paix et de sécurité internationales dans le cyberespace

2020/1.8 - Le 3 octobre 2019, a été inauguré le bâtiment du Commandement de la Cyberdéfense du ministère des armées à Rennes. A cette occasion, Florence Parly, Ministre des Armées, expose la politique française de paix et de sécurité internationales appliquée au cyberespace. Nous apprenons que la France est « à ce jour, […] le seul et le premier [Etat] à avoir pris position et ouvert la voie à l'application du droit international dans […] » (*https://www.vie-publique.fr/discours/270970-florence-parly-03102019-cyber defense*) ce domaine. Un des enjeux de cette prise de position consiste à voir transposées les règles dites classiques du droit international qui régissent les temps de paix et de guerre dans une matière encore exempte de réglementation concrète à l'échelle internationale. Cela ne signifie pas pour autant qu'aucune tentative n'ait été entreprise. Depuis une vingtaine d'années maintenant et progressivement, les organisations internationales compétentes (notamment l'Organisation des Nations Unies et l'Union Internationale des Télécommunications) se sont emparées de la question et ont été rapidement confrontées à des difficultés. Celle d'abord de la divergence de positions des

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

Etats entre eux relativement à l'effet contraignant que devrait avoir ou non un code de conduite international sur la cybersécurité. Etonnement, ce sont des Etats tels que la Russie et la Chine qui ont été au cœur du mouvement en faveur d'une réglementation internationale contraignante dans ce domaine, tandis que la France s'attachait à affirmer la pertinence d'un instrument facultatif et non soumis à un quelconque appareil coercitif. Celle ensuite de l'incertitude conceptuelle autour de la notion de cyberespace même ; mais aussi de cyber-arme, de cyber-attaque, de cyber-combattant… Comment, en effet, règlementer au niveau global une matière dont on peine à saisir la substance ? Tous ces obstacles ont malgré tout ouvert la voie à une discussion multilatérale en faveur de l'adoption d'un recueil de bonnes pratiques qui serait la conjonction des normes internes perçues comme étant pertinemment transposables au niveau international (*https://www.senat.fr/rap/r11-681/r11-68113.html*). C'est finalement dans le cadre onusien que les Etats sont parvenus à ouvrir un réel dialogue autour du cyberespace, en particulier, au sein du Bureau des Affaires de désarmement de l'Assemblée générale des Nations-Unies. Une de ses premières résolutions en la matière (A/RES/53/70 : *https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/53/70&referer=/english/&Lang=F*) marque le coup d'envoi d'une longue période d'échanges et de dialogues intergouvernementaux. Au second point de celle-ci, l'Assemblée générale déclare « inviter[r] tous les Etats Membres à communiquer au Secrétaire général leurs vues et observations sur [certaines] questions [relatives] aux […] problèmes généraux en matière de sécurité de l'information, [à] la définition des concepts fondamentaux […] [et à] l'opportunité d'élaborer des principes internationaux susceptibles de renforcer la sécurité des systèmes télématiques mondiaux […] ». De cette disposition résultent des communications gouvernementales dont celle de la France qui s'est attachée à répondre avec précision à chaque nouvelle résolution en précisant chaque fois davantage sa position. En 2014, elle affirme en réaction à la résolution 68/243 « […] que la création d'un nouvel instrument spécifique au cyberespace est prématurée, sans pour autant préjuger de la pertinence de disposer d'un tel instrument sur le long terme. A ce stade, elle se félicite de la reconnaissance par le dernier groupe d'experts gouvernementaux de l'applicabilité du droit international au cyberespace, et notamment des corpus juridiques suivants : Charte des Nations Unies, Déclaration universelle des droits de l'Homme, droit des conflits armés, droit de la responsabilité internationale des Etats » (*https://s3.amazonaws.com/unoda-web/wp-content/uploads/2014/10/France.pdf*). Il faut noter l'influence de la France dans ce processus de dialogue avec les Nations-Unies. La résolution 73/27 de l'Assemblée générale du 5 décembre 2018 (A/RES/73/27 : *https://undocs.org/pdf?symbol=fr/A/RES/73/27*) s'est rangée du côté de la « mise en place, sur une base facultative et non contraignante, de normes, règles et principes de comportement responsable des Etats en matière d'utilisation du numérique ». Quelle est la consistance réelle de cet engagement français dans la tentative de définition de normes internationales de comportement en matière de cyberespace ?

Il convient d'abord de mettre en lumière ce que la France entend par cyberespace. Au mois de septembre 2019, un rapport a été publié à l'initiative du Ministère des Armées portant application du « droit international […] aux opérations dans le cyberespace » (*https://www.defense.gouv.fr/content/download/565895/9750877/file/Droit+internat+appliqu%C3%A9+aux+op%C3%A9rations+Cyberespace.pdf*). Dans le glossaire de ce document dont le contenu nous intéressera plus loin, deux aspects du cyberespace sont soulignés : il est à la fois immatériel et matériel. Immatériel en ce que cet « espace de

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

communication » se caractérise par le traitement de « données numériques » et par « une interconnexion de l'ensemble des systèmes mondiaux numériques » ; matériel en ce qu'il est identifiable du fait des « objets qui y sont connectés » mais aussi des « infrastructures et d[es] équipements » qui sont utilisés pour donner corps au cyberespace. Quel est l'enjeu de sa définition ? Par le biais de plusieurs documents publics pertinents, la France a insisté sur le fait que cet espace est un objet de réglementation du droit international. A cet égard, elle a « réaffirmé […] l'applicabilité [de] la Charte des Nations Unies dans son intégralité ». Son article 2 paragraphe 4 dispose que « les Membres de l'Organisation s'abstiennent, dans leurs relations internationales, de recourir à la menace ou à l'emploi de la force, […] contre l'intégrité territoriale […] de tout état ». Cette disposition, lue de manière croisée avec la définition française du cyberespace conduit à se demander si ce dernier peut être l'occasion d'une atteinte à l'intégrité territoriale française. Dans l'affirmative et si le cyberespace est appréhendé comme faisant partie intégrante du territoire, quelles conséquences pour l'application des règles du droit international en matière de paix et de sécurité ?

La position française sur cette question semble claire : toute attaque numérique touchant un ou plusieurs appareils appartenant à son réseau matériel de systèmes d'informations contrevient à la « compétence territoriale » qu'elle tire de sa souveraineté et emporte ainsi violation du droit international. Le constat est en effet posé : « Les cyberattaques peuvent être constitutives d'une violation de souveraineté » (point 1.1.1. du rapport susmentionné). La territorialisation du cyberespace est d'autant plus évidente qu'il est fait appel au principe de due diligence. La France s'engage à ce que son territoire ne soit pas utilisé à des fins contraires au droit international dans le but de commettre une attaque cyber. Du fait de la spécificité du cyberespace, le ministère des Armées a pris soin de préciser les modalités selon lesquelles une attaque cybernétique constituerait une atteinte à l'intégrité territoriale française. A cet égard, cette atteinte est analysée selon deux points de vue : soit l'attaque est dirigée directement contre les systèmes numériques soit, par le biais de ces systèmes numériques, l'attaque produit des effets matériels substantiels directement sur le territoire.

Il est intéressant de noter que lorsqu'un certain seuil d'atteinte à l'intégrité territoriale est franchi, la France pourra interpréter l'attaque comme une violation de l'interdiction de recourir à la menace ou à l'emploi de la force. « Dans l'espace numérique, le franchissement du seuil de l'emploi de la force ne dépend pas du moyen numérique employé, mais des effets de la cyberopération […] Si ses effets sont similaires à ceux qui résultent de l'utilisation d'armes classiques », l'attaque cyber est automatiquement requalifiée de menace ou d'emploi de la force, prohibée par le droit international. Cette violation peut alors légitimement déclencher une réaction. Cette conception française ne laisse pas de poser des questions. En effet, il est soutenu que « la décision de réponse est politique et réalisée en conformité avec le droit international. Cette réponse peut aller jusqu'à l'utilisation de la force en fonction de la gravité de la cyberattaque ». Dans le même temps, est mis en évidence le moyen privilégié de la riposte, à savoir l'usage des contre-mesures. Celles-ci doivent s'inscrire « dans une réponse de nature pacifique ». Mais comment s'articulent la possibilité de répondre à une attaque en faisant usage de la force armée et la possibilité de faire usage de contre-mesures pacifiques pour répondre à cette même attaque, d'autant qu'à ce stade le rapport ne fait toujours pas état de la notion de légitime défense ? Quelle vision de la proportionnalité mettre en avant ? Est-il

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

possible de riposter par des moyens militaires conventionnels contre un Etat qui aurait usé de moyens numériques pour attaquer la France ? Au point 1.2 du rapport on lit qu'il n'est aucunement exclu qu'une cyberattaque puisse « constituer une agression armée ouvrant le droit de faire usage de la légitime défense [à condition que celle-ci provoque] des dommages d'une ampleur et d'une gravité significatives ». L'usage de la force comme réaction n'apparaît ainsi possible que dans le cas où une cyberopération atteindrait un stade de gravité telle qu'elle doit s'analyser comme une agression armée au sens de l'article 51 de la Charte des Nations-Unies. La force n'est pas appréhendée comme nécessairement liée à l'usage d'armes dites conventionnelles. Elle le devient en fonction de l'effet que l'action numérique engendre. « Une cyberattaque pourrait être qualifiée d'agression armée dès lors qu'elle provoquerait des pertes humaines substantielles, ou des dommages physiques ou économiques considérables ». C'est dans cette définition que la proportionnalité semble rétablie. La France se réserve effectivement le droit de pouvoir répondre militairement et avec des armes classiques à une cyberopération étrangère si et seulement si ses conséquences s'apparentent à celles causées par l'utilisation de moyens conventionnels de guerre. Cela se justifie dans la mesure où la dichotomie entre monde matériel et immatériel est alors dépassée.

La position française dans le cadre de l'application du droit international en temps de guerre suscite moins d'interrogations. Il est admis que « des cyberopérations [puissent] caractériser l'existence d'un conflit armé ». Le droit international humanitaire s'y applique, à savoir les principes de distinction (entre les « objectifs militaires et les biens civils » mais aussi entre les cybercombattants et les civils), et de neutralité ; ce dernier se combine avec celui de due diligence utilisé pour définir la politique militaire « en temps de paix ». Il suppose que la France n'utilise pas le territoire d'un autre Etat considéré comme neutre au conflit en cours pour perpétrer des actions numériques répréhensibles eu égard au droit international.

D'autres aspects mériteraient d'être examinés et il serait intéressant, notamment, d'opérer une approche comparative de la position adoptée par la France avec celle adoptée par l'OTAN dans le *Manuel de Tallin 2.0* publié en février 2017 (*https://assets.cambridge.org/97811071/77222/frontmatter/9781107177222_frontmatter.pdf*) et auquel il est d'ailleurs fait référence dans le rapport. En toute hypothèse, nous avons là les premières bases d'un droit international qui se construit dans un domaine encore assez inexploré.

F.D.

3°) Aires marines protégées - Biarritz : quatrième colloque national des aires marines protégées. 22, 23 et 24 octobre 2019

2020/1.9 - Organisé conjointement par le Ministère de la transition écologique et solidaire, l'Agence française pour la biodiversité et le Comité français de l'Union internationale pour la conservation de la nature, et en partenariat avec le Forum des gestionnaires d'aires marines protégées, le quatrième colloque national des aires marines protégées (« AMP ») s'est tenu du 22 au 24 octobre 2019 à Biarritz (programme : *https://www.colloque-amp.fr/programme*). Cette quatrième édition de l'événement, qui a réuni plus de quatre cent participants (gestionnaires d'AMP, acteurs publics, acteurs économiques, associations, experts, scientifiques), fait suite aux colloques organisés du

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

20 au 22 novembre 2007 à Boulogne-sur-Mer, du 15 au 17 novembre 2010 à La Rochelle et du 6 au 8 octobre 2015 à Brest (*https://www.colloque-amp.fr/le-colloque/historique*).

Les AMP sont des espaces maritimes délimités qui répondent à des objectifs de protection de l'environnement à long terme, selon la définition de l'Agence française pour la biodiversité (*http://www.aires-marines.fr/Les-aires-marines-protegees*). Le réseau français d'AMP couvre actuellement environ 23% de l'espace maritime national (soit 2 351 509 km carrés). Cela représente une forte augmentation par rapport à 2012 (5%) et 2007 (0,1%) (*https://www.colloque-amp.fr/les-amp-francaises/les-chiffres-cles-du-reseau-des-aires-marines-protegees-francaises*). En mai 2019, à la suite de la publication du rapport d'évaluation mondiale sur la biodiversité et les services écosystémiques de l'IPBES, dont les alarmantes conclusions alertent sur un taux d'extinction des espèces exponentiel et sans précédent *(https://ipbes.net/news/Media-Release-Global-Assessment-Fr*) , le Président de la République a annoncé vouloir protéger 30% des eaux du territoire national d'ici 2022 (*https://www.ecologique-solidaire.gouv.fr/lancement-lelaboration-nouvelle-strategie-nationale-des-aires-marines-et-terrestres-protegees-2020*).

Dans ce cadre, le principal objectif de ce quatrième colloque était de faire le bilan de la stratégie nationale de création et de gestion d'aires marines protégées (« SNCGAMP ») pour la période allant de 2012 à 2020, et de contribuer à définir la SNCGAMP pour la période 2020-2030, dans la perspective du Congrès mondial de la nature de l'Union internationale pour la conservation de la nature devant se tenir à Marseille en juin 2020, et de la Conférence des Parties à la Convention sur la diversité biologique devant se tenir à Kunming (Chine) à la fin de l'année 2020. La SNCGAMP 2012-2020 avait pour objectif d'aboutir à un réseau d'AMP complet et cohérent, notamment par le biais d'un renforcement des liens avec la recherche scientifique. La collaboration entre les gestionnaires d'AMP et les chercheurs est dès lors encouragée dans le cadre de la SNCGAMP 2020-2030, avec pour horizon « deux axes de progrès : l'amélioration de la visibilité des principaux axes stratégiques de recherche, d'une part, et des besoins prioritaires en matière de recherche et de développement en appui à la gestion des AMP, d'autre part ». Cette coopération doit notamment permettre de développer la seconde finalité des AMP : outre la protection de la nature, celles-ci doivent contribuer au maintien du patrimoine maritime culturel.

Le bilan 2019 se félicite en outre de la couverture et de la cohérence du réseau métropolitain d'AMP, qui est réparti sur les trois façades maritimes françaises (Atlantique ; Manche / Mer du Nord ; Méditerranée) et qui s'étend vers le large grâce au réseau Natura 2000. Sur un total de 546 AMP françaises, 365 sont situées dans les eaux métropolitaines et 45,5% de ces eaux sont actuellement couvertes par des AMP. Des perspectives d'amélioration sont néanmoins suggérées, particulièrement car les oiseaux pélagiques, les cétacés et les massifs de coraux blancs demeurent insuffisamment protégés. S'agissant des territoires maritimes d'outre-mer, le bilan appelle à poursuivre la création d'AMP (152 ayant été créées depuis 2012). L'hétérogénéité et l'insuffisance du réseau d'AMP ultramarin sont à déplorer. Notamment, en Polynésie française, les écosystèmes demeurent extrêmement vulnérables ; la Réunion ne compte qu'une seule AMP et aucune n'existe pour l'instant à Wallis et Futuna. Le bilan 2019 alerte en outre sur le retard important en matière de création de zones de protection forte : ces zones couvrent 1,5% des eaux du territoire national mais plus de 98% de leur superficie est

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

concentrée sur quatre AMP seulement, et 54% de ces zones s'étendent sur moins de 5 km^2. Leur répartition est en outre très côtière, peu représentative des écosystèmes.

Le bilan regrette, par ailleurs, que le financement public et la dotation en ressources humaines soient trop faibles. Le bilan relève, enfin, que les engagements internationaux de la France sont respectés en matière de création et de développement du réseau AMP, puisque les AMP représentent un peu plus de 23% des eaux françaises, avec dix-sept sites français au titre de la Convention relative aux zones humides d'importance internationale (Convention « Ramsar »), deux AMP désignées par la Convention pour la Conservation de la faune et de la flore marines de l'Antarctique (CCAMLR), et trois sites marins inscrits au Patrimoine mondial de l'UNESCO. Le bilan insiste néanmoins sur la nécessité de poursuivre la coopération internationale régionale : la France compte certes trente AMP issues de la convention de mer régionale pour le milieu marin de l'Atlantique Nord-Est (OSPAR), mais seulement six, respectivement, pour les conventions de Barcelone pour la Méditerranée et de Carthagène pour la Caraïbe.

La stratégie 2020-2030, qui reste à finaliser, se fixe pour objectif global d'étendre et de renforcer la cohérence du réseau d'AMP, dans le but de « soustrai[re] au moins 10% du territoire maritime aux principales pressions anthropiques (et en particulier aux pressions d'origine terrigènes), compromettant le bon état écologique, et ce par type d'écosystème et par région biogéographique » (l'intégralité du bilan 2019 peut être consultée : *https://www.colloque-amp.fr/sites/default/files/inline-files/Strategie-complete-compresse-ok.pdf* ; version synthétique : *https://www.colloque-amp.fr/sites/default/files/inline-files/BILAN_0.pdf* ; document global de restitution des thèmes abordés ici : *https://www.colloque-amp.fr/sites/default/files/inline-files/presentation-web.pdf*).

Malgré des améliorations notoires, la protection du milieu marin en France demeure lacunaire : créer des AMP est insuffisant si on ne les protège pas adéquatement. Si plus de 23% des eaux françaises ont le statut d'AMP en 2019, d'autres chiffres sont alarmants : par exemple, en 2015, 36% des récifs coralliens ultramarins étaient en diminution ; en 2014, on relevait 49% des masses d'eaux de transition et côtière en moyen ou en mauvais état écologique. Comme le souligne Joachim Claudet (directeur de recherche au CNRS/CRIOBE), le fait « que la France déclare protéger 30% de ses eaux est un problème, il vaudrait mieux utiliser la classification internationale standard reconnue par les Nations unies, l'UICN, etc. Un périmètre dans lequel l'Etat fait de la concertation au sein d'un conseil de gestion ne peut pas être mis sur le même plan qu'une réserve intégrale où presque personne n'a le droit de pénétrer » (propos recueillis par Martine Valo, « Des aires marines classées, mais pas assez protégées », *Le Monde* du mercredi 23 octobre 2019).

E. Leg.

4°) Droit humanitaire : création du « Humanitarian Call for Action »

2020/1.10 – Le « Humanitarian Call for Action » du 8 juillet 2019 est un document de quatre pages sur la nécessité de s'unir pour respecter le droit international humanitaire, notamment en temps de guerre (*https://onu.delegfrance.org/IMG/pdf/humanitarian_call_for_action.pdf*). A l'origine de ce document se trouve une réunion du Conseil de Sécurité portant sur le thème la protection du personnel humanitaire et médical sur le terrain animée par le ministre de l'Europe et des Affaires étrangères français, M. Jean-Yves Le Drian, suivie d'une seconde réunion portant sur le droit international humanitaire

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

présidée par l'Allemagne. Les deux Etats se sont déclarés désireux « d'insuffler un nouvel élan au multilatéralisme » (https://onu.delegfrance.org/Conference-de-presse-de-M-Jean-Yves-Le-Drian-et-M-Heiko-Maas/). M. Le Drian avait alors déclaré souhaiter « que le Conseil de sécurité se mobilise pour la préservation de ce que l'on appelle "l'espace humanitaire" – c'est à dire la capacité des humanitaires d'exercer leurs missions de manière sûre et efficace, dans le respect des principes d'impartialité, de flexibilité et d'indépendance. La première condition de viabilité de cet espace, c'est le respect du droit international humanitaire ». Il avait alors insisté sur la nécessité de protéger le personnel humanitaire et de sanctionner les violations du droit international humanitaire ainsi que sur la lutte contre l'impunité, notamment quant au climat lié au terrorisme dans certaines régions.

De ce discours conjoint est né le « Humanitarian Call for Action » publié en septembre 2019, qui débute ainsi :

> « We reiterate with the present Call for Action our unreserved commitment to honor our obligation to respect and ensure respect for international humanitarian law and to promote universal adherence to IHL instruments, including the Additional Protocols to the Geneva Conventions; and to support and facilitate humanitarian action based on the principles of humanity, impartiality, neutrality and independence, thereby contributing to our joint endeavor to safeguard the space for principled humanitarian action, for the benefit of all those in need of assistance and protection ».

Les objectifs soulevés sont larges, et quatre points principaux apparaissent. Le premier tend à renforcer les outils nationaux transposant les règles de droit international humanitaire afin de faciliter l'action humanitaire. La déclaration ne cherche pas à créer de nouveaux outils, mais à s'assurer que les instruments déjà existants sont mis en place de manière efficace. A cette fin il est proposé d'entraîner le personnel médical et humanitaire à agir de manière sécurisée notamment pour lutter contre le terrorisme. Le second point de la déclaration vise à faire rayonner le droit international humanitaire et à rendre son contenu plus accessible et connu du plus grand nombre. Un passage intéressant souligne le besoin d'entraîner les groupes armés non étatiques à respecter le droit humanitaire même en temps de conflit (« Support the provision of training to non-state armed groups on how to respect international humanitarian law and facilitate principled humanitarian action, notably with the aim to protect the civilian population and persons hors de combat »). Il semble pour le moins compliqué d'offrir aux groupes armés une formation en droit international humanitaire, aussi ne s'étonnera-t-on pas de ce que les modalités de mise en place d'un tel dispositif ne soient pas précisées. En troisième lieu, il s'agit d'exhorter les parties au conflit à respecter le droit humanitaire. Le quatrième et dernier point vise à soutenir les efforts de collecte de données et d'information à des fins de prévention et d'enrayement de l'impunité. Beaucoup de rappels aux textes tels que le statut de la Cour Pénale Internationale sont effectués. Enfin le cinquième et dernier point de la déclaration porte sur la nécessité d'effectuer un suivi quant au respect des quatre autres points. Le site de France Diplomatie indique que « Le suivi des actions prises par les Etats signataires au titre de l'Appel à l'action pourrait prendre la forme de réunions spécifiques sur certaines thématiques (échanges de bonnes pratiques sur la protection des populations et infrastructures civiles dans le cadre d'opérations militaires, préservation de l'espace humanitaire par exemple) » (*https://www.diplomatie.gouv.fr/fr/politique-etrangere-de-la-france/la-france-et-les-*

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

nations-unies/l-alliance-pour-le-multilateralisme/appel-a-l-action-pour-renforcer-le-respect-du-droit-international-humanitaire/).

Pour la France, cette déclaration s'inscrit dans la continuité d'une présence forte sur la scène internationale quant aux questions humanitaires. La France est un grand contributeur sur de nombreuses opérations, entre autres celles menées par le Programme Alimentaire Mondial des Nations Unies, et se prétend « leader » dans ce domaine. En effet, la « Stratégie humanitaire 2018-2022 » (*https://www.diplomatie.gouv.fr/IMG/pdf/strategie_humanitaire_web_cle023719-2.pdf*) adoptée en 2017 avait donné le ton en ce sens, et le Humanitarian Call for action entre dans le champ couvert par cette stratégie, notamment son premier point : « La France s'engage à bâtir une coalition d'États solide pour renforcer la protection des personnels humanitaires et médicaux dans les conflits, dans le prolongement de son initiative lancée le 31 octobre 2017 au CSNU, et à obtenir des ralliements à la déclaration politique adoptée à cette occasion ». Il s'agit donc pour la France de rester dans la continuité et de renforcer son socle aux Nations Unies en se joignant à la présidence allemande (M. Le Drian a déclaré en avril vouloir « souligner la force symbolique que représentent ces présidences consécutives entre la France et l'Allemagne » (*https://www.vie-publique.fr/discours/271272-jean-yves-le-drian-1042019-respect-du-droit-international-humanitaire*) et faire remonter les positions françaises sur la scène internationale.

Au 20 septembre 2019, 26 Etats avaient « endossé » cette déclaration, qui ne constitue pas un texte juridiquement contraignant, mais plutôt une déclaration d'intention commune. Il n'y a pas de précisions disponibles quant à la suite des événements. Le texte n'a pour le moment aucune traduction en langue française. Très peu d'articles de presse ont parlé de la rencontre ou de la déclaration, et peu d'Etats membres l'ont endossée pour qu'elle ait un réel poids pour le moment. Les prochains mois et années verront se mettre en place des mécanismes plus développés à moins que ces vertueuses initiatives diplomatiques ne rejoignent l'immense cimetière des textes oubliés.

CH.C.

FRANCE - IRAK

Condamnation à la peine de mort de ressortissants français djihadistes

2020/1.11 - Le 26 mai 2019, quatre djihadistes français ont été condamnés à la peine de mort en Irak. Un tribunal de Bagdad a prononcé la peine capitale par pendaison pour leur appartenance à l'organisation Etat Islamique. Ces condamnations résultent d'un long débat en France sur la question de savoir si ces combattants devaient être rapatriés ou non sur le territoire français pour y être jugés. Le Président Macron, et son prédécesseur François Hollande, n'ont cessé d'affirmer leur volonté de faire juger ces djihadistes sur les territoires des affrontements. Certains ont reproché au gouvernement français son inaction dans un processus de rapatriement vers la France. D'autres ont souligné le possible rôle actif du Gouvernement actuel. En effet, il semblerait que les autorités françaises aient procédé au déplacement de ces détenus des prisons syriennes vers les geôles irakiennes pour y être ensuite jugés. D'après Agnès Callamard, Rapporteur spécial de l'ONU sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires, « des personnes qui étaient détenues en Syrie, impliquées d'une façon ou d'une autre dans des actes de Daesh, ont été extradées en Irak où elles encourent la peine de mort grâce au soutien actif ou passif des autorités françai-

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

ses » [*https://www.lepoint.fr/justice/djihadistes-francais-condamnes-a-mort-l-onu-accuse-l-etat-12-08-2019-2329356_2386.php*]. Que l'on retienne l'action ou l'inaction, le comportement des autorités françaises a participé à la condamnation à la peine de mort de ses nationaux et soulève des questions au regard des engagements internationaux de la France.

Il est inutile de revenir ici sur le droit à la vie et l'abolition de la peine de mort, confortés par une série de ratifications de textes internationaux tels que le deuxième protocole facultatif au Pacte international relatif aux droits civils et politiques visant à abolir la peine de mort ou le protocole n° 13 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, relatif à l'abolition de la peine de mort en toutes circonstances. La question qui peut se poser est celle de savoir quelles sont les obligations des autorités françaises envers leurs ressortissants condamnés à la peine de mort sur un territoire étranger. Il ne semble pas que la jurisprudence, et plus particulièrement celle de la Cour Européenne des droits de l'homme, ait dégagé une telle obligation, mais certains, comme Mme Catherine le Bris, estiment que « d'un strict point de vue juridique, la France n'a pas l'obligation de réclamer l'extradition de ses ressortissants s'ils sont condamnés à mort. Mais sur le plan de la légitimité, sur l'esprit de la règle, ce que l'on appelle la 'soft law', c'est nettement plus contestable » [*https://www.lci.fr/international/que-doit-faire-la-france-des-djihadistes-francais-daech-qui-risquent-la-peine-de-mort-en-irak-et-en-syrie-2077018.html*]. De plus, que ce soient des condamnations pour trafic de drogue, pour meurtre, ou même pour terrorisme, la France n'a cessé de réitérer son opposition constante à la peine de mort en tous lieux et en toutes circonstances.

Par ailleurs, sans que cela conduise à reconnaître un véritable devoir de protection, certains avancent un devoir de « vigilance » contenant l'assurance du respect des droits des ressortissants contre les actes commis par une autorité étrangère. Il ne s'agirait que d'une obligation de moyen imposée à la France qui devrait tout mettre en œuvre pour le respect de cette garantie. A l'inverse le devoir de non-ingérence ferait obstacle à une immixtion dans les affaires irakiennes.

En l'espèce, il semblerait que les autorités aient traité ces affaires avec une légèreté qu'explique peut-être le fait que les personnes condamnées luttaient contre une « coalition » dont leur pays faisait partie. D'où peut-être la déclaration de M. Le Drian, dans un discours devant l'Assemblée Nationale, comme quoi le procès en Irak était équitable, même si Me Nabil Boudi, un des avocats des condamnés à mort, a affirmé que « ce n'était qu'un simulacre de procès » [*https://www.lemonde.fr/international/article/2019/06/04/la-condamnation-a-mort-de-djihadistes-francais-en-irak-met-la-position-de-paris-a-l-epreuve_5471055_3210.html*]. Pour justifier ses propos, ce dernier a avancé que les djihadistes français ont été représentés par un avocat commis d'office qu'ils n'ont pu rencontrer avant l'audience, laquelle était expéditive. De plus les autorités irakiennes sont soupçonnées d'actes de torture au cours des interrogatoires. A cela le gouvernement français a répondu que « Les audiences sont publiques, les procès sont conduits par un magistrat du siège, assisté de deux assesseurs. Le réquisitoire est conduit par un procureur. Un greffier consigne en direct l'intégralité des débats. L'avocat est présent et, s'il y a un problème de traduction, l'ambassade elle-même fournit les interprètes. Le juge énonce les charges en début d'audience, le prévenu se voit offrir la parole tout au long de l'audience, l'avocat intervient quand il le souhaite. » [Question au gouvernement n° 1999 de M. Hubert Julien-Laferrière, *http://questions.assemblee-nationale.fr/q15/15-1999QG.htm*].

C.R.

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

FRANCE – TURQUIE

Déclaration française sur d'éventuelles sanctions contre la Turquie

2020/1.12 - Le 11 octobre 2019, la secrétaire d'Etat chargée des affaires européennes, Amélie de Montchalin, déclare, à propos de l'intervention turque en Syrie, que « des sanctions de la France et de l'Union européenne contre la Turquie sont sur la table » (*https://fr.reuters.com/article/idFRKBN1WQ0TM-OFRTP*). Cette déclaration s'inscrit dans une situation particulièrement tendue, à la suite du retrait des forces américaines de certaines zones aux abords de la frontière turque dans le nord de la Syrie, le 7 octobre 2019. Il est reproché aux Etats-Unis d'avoir abandonné, par cette décision, les forces kurdes, qui ont été des alliés dans la lutte contre l'Etat islamique (*https://www.washingtonpost.com/world/2019/10/07/brief-history-syrian-democratic-forces-kurdish-led-alliance-that-helped-us-defeat-islamic-state/*). En effet, ce retrait laisse place à l'armée turque pour instaurer sa « zone de sécurité ». Or, une intervention turque et l'éventuel effondrement des Forces Démocratiques Syriennes pourraient remettre en cause cinq ans de lutte contre Daesh et avoir des conséquences humanitaires importantes (*https://www.vie-publique.fr/discours/271757-jean-yves-le-drian-15102019-france-syrie*).

Le 9 octobre, la Turquie a, effectivement, lancé son offensive contre les forces kurdes du nord-est de la Syrie (*https://www.lemonde.fr/international/article/2019/10/09/la-turquie-annonce-le-debut-d-une-offensive-dans-le-nord-est-syrien_6014849_3210.html*), mais les pays de l'Union européenne qui avaient saisi le Conseil de sécurité en urgence, ont échoué à obtenir l'unanimité sur un texte (*https://www.lemonde.fr/international/article/2019/10/11/le-conseil-de-securite-de-l-onu-tres-timore-face-a-l-offensive-de-la-turquie-contre-les-kurdes-syriens_6015099_3210.html*). Le 12 octobre, la France a décidé de « suspendre tout projet d'exportation vers la Turquie de matériels de guerre susceptibles d'être employés dans le cadre de l'offensive en Syrie » (*https://www.defense.gouv.fr/salle-de-presse/communiques/communiques-du-ministere-des-armees/communique-conjoint-du-ministre-de-l-europe-et-des-affaires-etrangeres-et-de-la-ministre-des-armees*). Deux jours plus tard, le Conseil de l'Union européenne a condamné l'offensive et affirmé son attachement à la souveraineté et l'intégrité territoriale de la Syrie. Les Etats membres se sont engagés à adopter des positions nationales fermes en matière d'exportation des armes, sans toutefois qu'un embargo paneuropéen total sur les armes soit décidé (*https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2019/10/14/council-conclusions-on-north-east-syria/*). Finalement, c'est le 22 octobre que les présidents russe et turc sont parvenus à un accord en dix points, prévoyant notamment de lancer des patrouilles communes dans la région après le désarmement des milices kurdes (*https://www.lemonde.fr/international/article/2019/10/22/poutine-et-erdogan-saluent-un-accord-decisif-et-historique-sur-l-offensive-en-syrie_6016504_3210.html*).

La réaction française soulève certaines interrogations. Tout d'abord, *quid* de la licéité de la mesure qui suspend « tout projet d'exportation vers la Turquie de matériels de guerre susceptibles d'être employés dans le cadre de l'offensive en Syrie » ?

D'une part, la conformité de la mesure au traité sur le commerce des armes, ratifié par la France en 2013, est facilement constatable. Ce traité contient ce que la doctrine appelle une « clause humanitaire découlant de l'effet cumulé des articles 6 et 7 » de ce texte

© Editions A. Pedone

(A. Biad, « Le traité sur le commerce des armes classiques : entre accord de maîtrise des armements et instrument à dimension humanitaire », *AFDI*, 2014, p. 207), clause qui interdit l'exportation d'armes notamment en cas de risque de violation du droit international humanitaire par le pays importateur. En l'espèce, selon les autorités françaises, l'offensive turque remet « en cause les efforts sécuritaires et de stabilisation de la Coalition globale contre Daech. Elle entraîne des conséquences humanitaires importantes. Elle porte donc atteinte à la sécurité des Européens » (*https://www.defense.gouv.fr/salle-de-presse/communiques/communiques-du-ministere-des-armees/communique-conjoint-du-ministre-de-l-europe-et-des-affaires-etrangeres-et-de-la-ministre-des-armees*). En effet, compte tenu des conséquences humanitaires que l'offensive turque a eu dès les premiers jours, la mesure paraît conforme aux obligations de la France découlant du traité sur le commerce des armes.

D'autre part, au niveau régional, la France doit respecter la Position commune 2008/944/PESC du Conseil du 8 décembre 2008 « définissant des règles communes régissant le contrôle des exportations de technologie et d'équipements militaires », qui vise surtout à faciliter la convergence des politiques d'exportation de matériels de guerre des Etats membres (*https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=CELEX%3A32008E0944*). La France doit, donc, se conformer à ces dispositions, y compris appliquer fermement le critère n° 4 relatif à la stabilité régionale (*http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2019-0049_FR.html#def_1_3*). Les conséquences de l'offensive sur la stabilité régionale étant indéniables, le respect par la France de la règlementation européenne est également constatable. Par conséquent, la mesure française est intrinsèquement licite et n'a pas à être justifiée sur le plan international.

En revanche, la France aurait-elle pu adopter, des « sanctions » consistant en de mesures intrinsèquement illicites, sans pour autant engager sa responsabilité internationale ? Pour que cela soit possible, selon l'article 22 du projet d'articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite, il faut, tout d'abord, que les mesures soient prises suite à un fait illicite initial. En l'espèce, si la Turquie a tenté de fonder son intervention sur une base conventionnelle (l'accord d'Adana), ce fondement est très discutable et en tout cas, l'intervention ne respecte pas les conditions de l'article 51 de la Charte des Nations Unies, constituant ainsi une violation de la souveraineté et de l'intégrité territoriale de la Syrie (*https://www.justsecurity.org/67219/turkeys-syria-invasion-german-research-report-says-illegal-on-all-counts/*). Encore faut-il que l'Etat qui réagit soit l'Etat lésé. En 2014, lors de la crise ukrainienne, le Conseil de l'Union européenne avait invoqué comme motifs des mesures prises à l'encontre de la Russie la violation par la Fédération de Russie de la souveraineté et de l'intégrité territoriale de l'Ukraine, l'accident de l'appareil de Malaysia Airlines affrété pour le vol MH17 et l'annexion illégale de la Crimée et de Sébastopol (*http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;jsessionid=43B59C7EFC8B3D2F3309B0F4EB27B86D?text=&docid=189262&pageIndex=0&doclang=FR&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=7622888*). Or, aucun de ces faits ne constitue une violation du droit international à l'égard des Etats membres de l'Union (v. cette « Chronique » n° 2016/3.96 et n° 2017/2.46). De la même manière, en l'espèce, la France, en adoptant un vocabulaire vague, qui fait état par exemple d'une « atteinte à la sécurité des Européens » et de la remise en cause des efforts de la Coalition pour lutter contre Daesh, omet d'invoquer la violation d'une obligation internationale à son encontre. Par ailleurs, il est peu probable

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

que la France puisse se fonder sur la légalité, selon elle, de son intervention sur le terrain contre Daesh pour prétendre, par extension, que l'offensive turque constitue une violation du droit international à son encontre. En effet, l'invocation de la légitime défense individuelle par la France pour justifier son intervention en Syrie soulève en elle-même de difficultés. Puisque l'admission de contremesures dites d'intérêt général semble exclue, le projet de la CDI précité ne se référant pas nettement à une telle circonstance excluant l'illicéité, la France ne pourrait pas adopter de contremesures sans voir sa responsabilité engagée.

La question demeure si la position adoptée par la France en l'espèce reflète bien sa pratique du droit international en la matière. Le 17 avril 2000, le représentant permanent de la France aux Nations Unies était intervenu devant le Conseil de sécurité à propos des sanctions onusiennes à l'encontre de l'Irak et a proposé à ce titre des orientations nouvelles s'agissant des « sanctions » du Conseil. Selon lui, il convient de ne pas employer l'instrument des sanctions à la légère, mais seulement de manière exceptionnelle et une fois que d'autres possibilités de règlement pacifique ont été utilisées. De plus, la logique des sanctions étant incitative et non pas punitive, il faut veiller à la proportionnalité de celles-ci. (J.-F. Dobelle, D. Allonsius, F. Coulée, Y. Nouvel, C. Santulli, « Pratique française du droit international » *AFDI*, 2000, p. 804). *Quid* toutefois des sanctions autres qu'onusiennes ? Le 24 mars 2014, est adoptée, dans le cas de la crise ukrainienne, la déclaration de La Haye du G7, dans laquelle les sept pays, dont la France, réaffirment que les actions de la Russie vont avoir d'importantes conséquences : « En réponse à la violation de la souveraineté et l'intégrité territoriale de l'Ukraine par la Russie et afin de montrer notre détermination à riposter individuellement et collectivement à ces actions illégales, nous avons imposé un certain nombre de sanctions contre la Russie et les personnes et entités responsables. […] Ce groupe s'est rassemblé sur la base de convictions communes et de responsabilités partagées. Les actes de la Russie au cours des dernières semaines ne sont pas compatibles avec celles-ci ». Mais, interrogé à l'Assemblée nationale, le ministre des affaires étrangères et du développement international, M. L. Fabius, a précisé que « les sanctions ne constituent pas une fin en soi et la France entend […] poursuivre ses efforts pour contribuer à faire émerger une solution politique à la crise ». (F. Coulée, Pratique française du droit international, *AFDI*, 2014, pp. 846-847). En l'espèce, les mesures de suspension des exportations vers la Turquie de matériels de guerre peuvent être considérées comme symboliques dans les deux sens du terme : elles sonnent comme une mise en garde montrant l'isolement croissant de la Turquie. Elles n'auront néanmoins guère d'effets sur l'offensive, puisque « l'opération était manifestement préparée de longue date et les forces armées turques […] ont évidemment pris leurs précautions et disposent de tous les stocks nécessaires » (*https://www.lemonde.fr/international/article/2019/10/13/les-pays-europeens-peinent-a-faire-entendre-raison-a-ankara_6015355_3210.html*).

D.K.

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

G5 DU SAHEL

Enjeux du sommet du 14 septembre 2019 au Burkina Faso

2020/1.13 - Le 14 septembre 2019, un sommet des Etats du G5 du Sahel a eu lieu à Ouagadougou (capitale du Burkina Faso). Durant ce sommet, le G5 été rejoint par les autres Etats membres de la CEDEAO, tous concernés par le combat auquel est confronté le G5 du Sahel aujourd'hui. On ne présentera pas longuement ce G5 du Sahel, institution de coopération régionale (entraide intergouvernementale) mise en place en 2014 par cinq Etats du Sahel (Afrique), sous l'impulsion de la présidence mauritanienne à l'Union Africaine. Cette coopération a pour but la promotion du développement durable et d'assurer la sécurité de cette région. Les cinq Etats membres de cette institution sont le Mali, la Mauritanie, le Niger, le Burkina Faso et le Tchad. Le principal défi aujourd'hui est la lutte contre le terrorisme. Le sommet extraordinaire du 14 septembre a eu lieu en raison de l'urgence de la situation régionale, de l'extension des groupes djihadistes dans la région. Cette rencontre souligne le fait que la lutte contre le terrorisme ne se fera pas uniquement au niveau militaire, bien qu'il soit important, mais également à d'autres niveaux (*https://www.g5sahel.org/documentations/publications/1518-communique-final-de-la-reunion-de-ouagadougou*). Les différentes opérations lancées par les Etats africains pour la lutte contre le terrorisme n'ont pas été très efficaces jusqu'à présent car les troupes ne sont pas assez formées, manquent de matériel ; par exemple, a été mise en place en 2017 la force conjointe G5 Sahel le 02/07/2017 à Bamako, ne s'est pas montré très efficace jusqu'à présent, (v. cette « Chronique », n° 2017/4.69). Donc on exhorte les Etats à former leurs troupes et à fournir le matériel nécessaires (renforcement des capacités opérationnelles des armées nationales ainsi que des forces conjointes). Est nécessaire aussi le partage d'informations, de renseignements entre les différents Etats ainsi que le renforcement des polices aux frontières. Enfin au niveau économique, mise en place d'un plan d'un milliard de dollars à investir sur 5 ans pour lutter contre le terrorisme dans la région avec, pour ce faire, la sollicitation de la banque mondiale et du FMI (ce qui implique de les amener à considérer que les dépenses sécuritaires sont des investissements).

L'un des principaux enjeux ici est bien évidemment la sécurité internationale : l'ennemi commun est le terrorisme. Une certaine solidarité se manifeste au travers d'initiatives telles que, outre la force conjointe du G5 Sahel évoquée à l'instant, la force mixte du bassin du lac du Tchad (*https://www.africa-eu-partnership.org/fr/projects/force-multinationale-mixte-fmm-de-lutte-contre-boko-haram*), les différentes missions et opérations lancées par la France − Serval et Barkhane au Mali, et les Nations-Unies avec la MINUSMA pour le Mali (*https://minusma.unmissions.org/historique*). L'intégrité territoriale des Etats est également une question soulevée par le sommet. Les Etats réaffirment le principe de l'intégrité territoriale et invitent entre autres le Mali à exercer sa souveraineté sur l'ensemble de son territoire. L'intégrité territoriale est fortement remise en cause par les organisations terroristes islamistes qui, peu à peu, cherchent à prendre le contrôle d'un territoire appartenant à un Etat souverain. Le droit international humanitaire et les droits de l'homme sont fortement remis en question également. Les civils sont les premières victimes des conflits qui sévissent dans le Sahel, ce qui est interdit par le droit international humanitaire. Cette situation les place dans situation non-acceptable au regard des droit de l'homme fondamentaux. Enfin a été évoquée l'augmentation des flux migratoires et des

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

déplacés internes et les questions de droit d'asile : en un an, le nombre de personnes déplacées dans la région frontalière entre le Niger, le Burkina Faso et le Mali a été multiplié par cinq. l'Union européenne collabore d'ailleurs avec le G5 pour lutter contre les migrations irrégulières.

D.E.K

ISRAËL – UNION EUROPÉENNE

Etiquetage des produits issus des colonies israéliennes : selon la Cour de Justice de l'Union européenne, « l'Union contribue au strict respect du droit international, et notamment des principes de la Charte des Nations Unies »

2020/1.14 – L'Organisation juive européenne et Vignoble Psagot Ltd ont contesté devant le Conseil d'Etat la légalité de l'« Avis aux opérateurs économiques relatif à l'indication de l'origine des marchandises issues des territoires occupés par Israël depuis juin 1967 » (*JORF* du 24 novembre 2016, n° 273, texte n° 81, ci-après l'« avis ministériel »). Cet avis avait été pris en référence au Règlement (UE) n° 1169/2011 du Parlement européen et du Conseil, du 25 octobre 2011, concernant l'information des consommateurs sur les denrées alimentaires et avait pour but d'en préciser les termes s'agissant des territoires occupés par Israël. Le Conseil d'Etat a estimé que les questions soulevées par l'examen des moyens pris de la méconnaissance du règlement n° 1169/2011 étaient déterminantes pour l'issue des deux litiges pendants devant lui et qu'elles présentaient une difficulté sérieuse. Aussi a-t-il décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour de Justice de l'Union européenne les questions préjudicielles suivantes :

1) Le droit de l'Union, et en particulier le règlement n° 1169/2011, lorsque la mention de l'origine d'un produit entrant dans le champ de ce règlement est obligatoire, impose-t-il, pour un produit provenant d'un territoire occupé par l'Etat d'Israël depuis 1967, la mention de ce territoire ainsi qu'une mention précisant que le produit provient d'une colonie israélienne lorsque tel est le cas ?

2) A défaut, les dispositions dudit règlement, notamment celles de son chapitre VI, permettent-elles à un Etat membre d'exiger de telles mentions ?

Rendu sur les conclusions de l'Avocat général Hogan (*http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;jsessionid=340C092D453E7FF21CDADE9A812FA02C?text=&docid=214961&pageIndex=0&doclang=FR&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=3448899*), l'arrêt de la Cour de Justice de l'Union européenne rendu le 12 novembre 2019 aborde des questions de droit international de grande importance (CJUE, , C-363/18, Organisation juive européenne, Vignoble Psagot Ltd contre Ministre de l'Economie et des Finances, *http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;jsessionid=340C092D453E7FF21CDADE9A812FA02C?text=&docid=214961&pageIndex=0&doclang=FR&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=3448899*). Cette importance se trouve accrue – c'est le moins que l'on puisse dire − du fait de la déclaration du 18 novembre 2019 du secrétaire d'Etat Mike Pompeo selon laquelle « l'établissement de colonies de civils israéliens en Cisjordanie n'est pas en soi contraire au droit international » (*https://www.econostrum.info/Les-Etats-unis-ne-considerent-plus-les-colonies-israeliennes-comme-illegales_a26207.html*), déclaration d'ailleurs assez péniblement qualifiée de « coup de canif (sic) au consensus international (re-sic)sur le conflit israélo-palestinien » par BFM TV) et souvent tronquée au détriment de la suite malgré tout son intérêt : « la vérité, c'est qu'il n'y aura

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

jamais de solution judiciaire au conflit, et que les débats sur qui a raison et qui a tort au regard du droit international n'apporteront pas la paix ». Cette précision sur « la vérité » apporte en effet un éclairage particulier (à défaut, hélas, d'être nouveau) sur la question du règlement des différends, lequel serait, selon les vues de l'évangéliste radical, plus efficace sans référence au droit international, de sorte que place restera à la force, naturellement (v. cette *Revue*, *supra*).

Pour revenir à l'étiquetage, on doit dire un mot des textes qui étaient en cause avant d'évoquer rapidement les questions de droit international soulevées par la Cour. Deux textes de l'Union et un texte de droit français sont en cause.

Le premier texte est la « Communication interprétative relative à l'indication de l'origine des marchandises issues des territoires occupés par [l'Etat d']Israël depuis juin 1967 » du 12 novembre 2015 (2015/C 375/05, *JOUE* 2015, C 375/4, ci-après la « communication de la Commission »). La Commission énonce que, « [c]onformément au droit international, l'Union européenne ne reconnaît pas la souveraineté d'Israël sur les territoires qu'il occupe depuis le mois de juin 1967, à savoir le plateau du Golan, la bande de Gaza et la Cisjordanie, y compris Jérusalem-Est, et ne considère pas que ceux-ci font partie du territoire d'Israël » (point 1) ; « les consommateurs, les opérateurs économiques et les autorités nationales sont demandeurs d'éclaircissements » au sujet de « [l]'application de la législation existante de l'Union sur l'indication de l'origine aux produits originaires des territoires occupés par Israël […] ; « [l]'objectif est en outre de garantir le respect des positions et des engagements adoptés par l'Union en conformité avec le droit international relativement à la non-reconnaissance, par l'Union, de la souveraineté d'Israël sur les territoires qu'il occupe depuis le mois de juin 1967 » (point 2). Quant aux points 7 à 10, ils disent en substance :

> « en vertu du droit international, le plateau du Golan et la Cisjordanie (y compris Jérusalem-Est) ne font pas partie du territoire israélien, l'indication "produit en Israël" est considérée comme fausse et susceptible d'induire en erreur au sens de la législation dont les références sont visées dans la présente communication […] dans les cas où l'indication de l'origine est obligatoire, il y a lieu d'employer une autre expression tenant compte de la désignation usuelle de ces territoires.
>
> En ce qui concerne les produits issus de Palestine qui ne sont pas originaires de colonies de peuplement, une indication qui n'induit pas en erreur quant à l'origine géographique mais correspond aux usages internationaux pourrait être la suivante : "produit originaire de Cisjordanie (produit palestinien)", "produit originaire de Gaza" ou "produit originaire de Palestine".
>
> En ce qui concerne les produits issus de Cisjordanie ou du plateau du Golan qui sont originaires de colonies de peuplement, une mention limitée à "produit originaire du plateau du Golan" ou "produit originaire de Cisjordanie" ne serait pas acceptable. Bien que ces expressions désignent effectivement la zone ou le territoire au sens large dont le produit est originaire, l'omission de l'information géographique complémentaire selon laquelle le produit est issu de colonies israéliennes induirait le consommateur en erreur quant à sa véritable origine. Dans de tels cas, il est nécessaire d'ajouter, entre parenthèses, par exemple, l'expression "colonie israélienne" ou des termes équivalents. Ainsi, des expressions telles que "produit originaire du plateau du Golan (colonie israélienne)" ou "produit originaire de Cisjordanie (colonie israélienne)" pourraient être utilisées ».

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

Le deuxième texte est le règlement (UE) n° 1169/2011 précité dont voici les principales dispositions en cause dans cette affaire :

« (3) Afin d'atteindre un niveau élevé de protection de la santé des consommateurs et de garantir leur droit à l'information, il convient que ceux-ci disposent d'informations appropriées sur les denrées alimentaires qu'ils consomment. Les choix des consommateurs peuvent être influencés, entre autres, par des considérations d'ordre sanitaire, économique, environnemental, social ou éthique.

(4) En vertu du règlement (CE) n° 178/2002 du Parlement européen et du Conseil du 28 janvier 2002 établissant les principes généraux et les prescriptions générales de la législation alimentaire, instituant l'Autorité européenne de sécurité des aliments et fixant des procédures relatives à la sécurité des denrées alimentaires [JO 2002, L 31, p. 1], l'un des principes généraux de la législation alimentaire est de fournir aux consommateurs une base pour choisir en connaissance de cause les denrées alimentaires qu'ils consomment et de prévenir toute pratique pouvant induire le consommateur en erreur [...]

(26 § 2) L'indication du pays d'origine ou du lieu de provenance est obligatoire :

a) dans les cas où son omission serait susceptible d'induire en erreur les consommateurs sur le pays d'origine ou le lieu de provenance réel de la denrée alimentaire, en particulier si les informations jointes à la denrée ou l'étiquette dans son ensemble peuvent laisser penser que la denrée a un pays d'origine ou un lieu de provenance différent […]

(29) Il convient d'indiquer le pays d'origine ou le lieu de provenance d'une denrée alimentaire lorsque, en l'absence d'une telle information, le consommateur pourrait être induit en erreur quant au pays d'origine ou au lieu de provenance réel du produit. En tout état de cause, l'indication du pays d'origine ou du lieu de provenance ne devrait pas tromper le consommateur [...] »

C'est au vu de ces textes que le gouvernement français a publié l'« avis ministériel » du 24 novembre 2016 précité qui prévoit notamment :

« qu'en vertu du droit international le plateau du Golan et la Cisjordanie, y compris Jérusalem Est, ne font pas partie d'Israël. En conséquence, l'étiquetage des produits alimentaires, afin de ne pas induire en erreur le consommateur, doit indiquer de manière précise l'exacte origine des produits, que leur indication soit obligatoire en vertu de la réglementation communautaire ou qu'elle soit volontairement apposée par l'opérateur.

En ce qui concerne les produits issus de Cisjordanie ou du plateau du Golan qui sont originaires de colonies de peuplement, une mention limitée à "produit originaire du plateau du Golan" ou "produit originaire de Cisjordanie" n'est pas acceptable. Bien que ces expressions désignent effectivement la zone ou le territoire au sens large dont le produit est originaire, l'omission de l'information géographique complémentaire selon laquelle le produit est issu de colonies israéliennes est susceptible d'induire le consommateur en erreur quant à la véritable origine du produit. Dans de tels cas, il est nécessaire d'ajouter, entre parenthèses, l'expression "colonie israélienne" ou des termes équivalents. Ainsi, des expressions telles que "produit originaire du plateau du Golan (colonie israélienne)" ou "produit originaire de Cisjordanie (colonie israélienne)" peuvent être utilisées. »

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

Si la Cour va juger que l'obligation d'étiquetage est conforme au droit de l'Union, le plus intéressant pour le lecteur de la présente « Chronique » se trouve dans la motivation, que l'on synthétise ci-dessous : on y trouve l'exposé de quelques aspects juridiques de l'occupation, de l'application du droit humanitaire, de la distinction entre le « territoire » et « pays » (assimilé à « l'Etat »), la référence à l'avis de la Cour de 2004 sur le *Mur* … et une appréciation de la situation qui est loin de concorder avec celle de MM. Trump et Pompeo, pour ne citer qu'eux.

> « … [L]e pays d'origine ou le lieu de provenance d'une denrée alimentaire doit être mentionné lorsque l'omission d'une telle mention est susceptible d'induire en erreur les consommateurs en leur laissant penser que cette denrée alimentaire a un pays d'origine ou un lieu de provenance différent de son pays d'origine ou de son lieu de provenance réel […] lorsque la mention d'origine ou de provenance est indiquée sur ladite denrée alimentaire, elle ne doit pas être trompeuse [Pt 25] […]. Aux termes de l'article 60 du code des douanes de l'Union, sont à considérer comme originaires d'un « pays » ou d'un « territoire » donné les marchandises qui ont soit été entièrement obtenues dans ce pays ou territoire, soit subi leur dernière transformation ou ouvraison substantielle dans ledit pays ou territoire [Pt 27].
>
> S'agissant du terme « pays », il y a lieu de relever, d'une part, qu'il est utilisé à de nombreuses reprises par le traité UE et par le traité FUE en tant que synonyme du terme « Etat ». Dès lors, il convient, pour assurer une interprétation cohérente du droit de l'Union, de conférer le même sens à ce terme dans le code des douanes de l'Union et dans le règlement n° 1169/2011 [Pt 28] […]… la notion d'« Etat » doit elle-même être comprise comme désignant une entité souveraine exerçant, à l'intérieur de ses frontières géographiques, la plénitude des compétences reconnues par le droit international [Pt 29]. S'agissant du terme « territoire », il résulte de la formulation alternative même de l'article 60 du code des douanes de l'Union qu'il désigne des entités autres que des « pays » et, par suite, autres que des « Etats » [Pt 30]. Ainsi que la Cour l'a déjà relevé, de telles entités comprennent notamment des espaces géographiques qui, tout en se trouvant placés sous la juridiction ou sous la responsabilité internationale d'un Etat, disposent néanmoins, au regard du droit international, d'un statut propre et distinct de celui de cet Etat [Pt 31].
>
> […] Dans la présente affaire, la juridiction de renvoi énonce que les denrées alimentaires en cause au principal sont originaires de « territoires occupés par l'Etat d'Israël depuis 1967 » et, plus précisément, ainsi qu'il ressort de l'avis ministériel, de la Cisjordanie, en ce compris Jérusalem-Est, et du plateau du Golan [Pt 33].
>
> […] Selon les règles du droit international humanitaire, ces territoires sont soumis à une juridiction limitée de l'Etat d'Israël, en tant que puissance occupante, tout en disposant chacun d'un statut international propre et distinct de celui de cet Etat [Pt 34]. En effet, la Cisjordanie est un territoire dont le peuple, à savoir le peuple palestinien, jouit du droit à l'autodétermination, ainsi que la Cour internationale de justice l'a rappelé dans son avis consultatif du 9 juillet 2004, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé* (CIJ *Recueil* 2004, p. 136, paragraphes 118 et 149). Quant au plateau du Golan, il fait partie du territoire d'un Etat autre que l'Etat d'Israël, à savoir la République arabe syrienne [Pt 35]. Compte tenu de ce qui précède, il y a lieu de considérer que le fait d'apposer, sur des denrées alimentaires telles que celles en cause au principal, la mention selon laquelle l'Etat

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

d'Israël est leur « pays d'origine », alors que ces denrées alimentaires sont en réalité originaires de l'un des territoires visés au point 33 du présent arrêt, serait de nature à tromper les consommateurs [Pt 36]. En outre, afin d'éviter que les consommateurs ne puissent être induits en erreur quant au fait que l'Etat d'Israël est présent dans ces territoires en tant que puissance occupante et non pas en tant qu'entité souveraine au sens décrit au point 29 du présent arrêt, il apparaît nécessaire de leur indiquer que lesdites denrées alimentaires ne sont pas originaires de cet Etat [Pt 37].…

La question posée par la juridiction de renvoi implique, premièrement, de déterminer si le règlement n° 1169/2011 doit être interprété en ce sens que la mention selon laquelle une denrée alimentaire est issue d'une « colonie israélienne » située dans l'un des territoires visés au point 33 du présent arrêt peut être considérée comme une mention du lieu de provenance, au sens de ce règlement [Pt 42]. S'agissant du terme « colonie », celui-ci, en raison de son caractère générique, est susceptible de renvoyer, non pas à un lieu unique, mais à une pluralité de localités. En outre, ce terme, pris dans son sens usuel, comporte, au-delà de son acception géographique, une dimension démographique, dans la mesure où il renvoie à un peuplement d'origine étrangère [Pt 43]. Cependant, ces éléments ne sauraient faire obstacle à ce que le terme « colonie » puisse contribuer à désigner un « lieu de provenance », au sens du règlement n° 1169/2011, pour autant que, dans un cas donné, il renvoie à un lieu géographiquement déterminé, conformément à la définition figurant au point 41 du présent arrêt [Pt 44]. Il en résulte, en l'occurrence, que la mention selon laquelle une denrée alimentaire est issue d'une « colonie israélienne » située dans l'un des territoires visés au point 33 du présent arrêt peut être regardée comme une mention de « lieu de provenance », au sens de l'article 26, paragraphe 2, sous a), du règlement n° 1169/2011 [Pt 45]

[Il faut] déterminer, deuxièmement, si la mention « colonie israélienne » revêt un caractère obligatoire, en présence de denrées alimentaires telles que celles en cause au principal. Plus précisément, dans la mesure où, ainsi que cela découle du point 38 du présent arrêt, de telles denrées alimentaires doivent être revêtues de la mention de leur territoire d'origine, il incombe à la Cour de rechercher si celles-ci doivent également être revêtues de la mention « colonie israélienne » [Pt 46]

[…] A cet égard, il importe de souligner que les colonies de peuplement installées dans certains des territoires occupés par l'Etat d'Israël se caractérisent par la circonstance qu'elles concrétisent une politique de transfert de population menée par cet Etat en dehors de son territoire, en violation des règles du droit international général humanitaire, telles que codifiées à l'article 49, sixième alinéa, de la convention relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, signée à Genève le 12 août 1949 (*Recueil des traités des Nations unies,* vol. 75, n° 973, p. 287), comme la Cour internationale de Justice l'a relevé, en ce qui concerne le territoire palestinien occupé, dans son avis consultatif du 9 juillet 2004, Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé (CIJ *Recueil* 2004, p. 136, paragraphe 120). De plus, cette politique a été itérativement condamnée par le Conseil de sécurité des Nations unies […] et par l'Union elle-même. Dans ce contexte, il convient de souligner que, conformément à l'article 3, paragraphe 5, TUE, l'Union contribue au strict respect du droit international, et notamment des principes de la Charte des Nations Unies [Pt 48].

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

> […] Ainsi, bien que l'article 9, paragraphe 1, sous i), et l'article 26, paragraphe 2, sous a), du règlement n° 1169/2011 se réfèrent à l'indication du pays d'origine « ou » du lieu de provenance, ces dispositions imposent, dans une situation telle celle en cause au principal, tant la mention selon laquelle une denrée alimentaire est originaire de l'un des territoires visés au point 33 du présent arrêt que celle selon laquelle cette denrée alimentaire provient d'une « colonie israélienne », lorsque ladite denrée alimentaire est issue d'une colonie de peuplement située à l'intérieur de l'un de ces territoires, l'omission de cette seconde mention étant susceptible d'induire les consommateurs en erreur quant au lieu de provenance de celle-ci [Pt 57]. Compte tenu de l'ensemble des considérations qui précèdent, il convient de répondre à la première question que l'article 9, paragraphe 1, sous i), du règlement n° 1169/2011, lu en combinaison avec l'article 26, paragraphe 2, sous a), de ce règlement, doit être interprété en ce sens que les denrées alimentaires originaires d'un territoire occupé par l'Etat d'Israël doivent porter non seulement la mention de ce territoire, mais également, dans le cas où de telles denrées alimentaires proviennent d'une localité ou d'un ensemble de localités constituant une colonie israélienne à l'intérieur dudit territoire, la mention de cette provenance [Pt 58].

Rien ici qui laisse à penser que, comme l'a dit M. Netanyahou en réagissant à cet arrêt de la CJUE, « l'Europe devrait avoir honte d'elle-même » (*https://www.lemonde.fr/international/article/2019/11/13/etiquetage-des-produits-issus-des-colonies-israel-denonce-une-decision-discriminatoire_6019013_3210.html*).

D.A.

LIBYE - TURQUIE

Conclusion d'un accord de délimitation maritime entre le Gouvernement d'entente national libyen et la Turquie

2020/1.15 - La Turquie et le Gouvernement Libyen d'entente nationale (« GEN ») « reconnu par l'ONU » ont signé le 27 novembre 2019 un accord de délimitation maritime (« l'accord ») (*https://www.lemonde.fr/international/article/2019/12/10/un-accord-turco-libyen-de-delimitation-maritime-provoque-la-colere-de-la-grece_6022314_3210.html*). Cet accord a provoqué la colère de la Grèce qui n'a pas tardé à répondre en expulsant l'ambassadeur libyen le 6 décembre 2019. Par ailleurs, le Ministre grec des Affaires étrangères s'est rendu en Libye afin de dénoncer l'accord et d'essayer de « contrer la Turquie dans sa ruée vers le gaz et limiter [son] impact » (*https://www.france24.com/fr/20191224-la-gr%C3%A8ce-en-marathon-diplomatique-pour-contrer-la-turquie-dans-sa-ru%C3%A9e-vers-le-gaz*). L'accord a également suscité la colère d'Israël et de Chypre qui y voient une menace à leur projet EASTMED avec la Grèce (*https://www.lemonde.fr/international/article/2020/01/03/eastmed-le-projet-de-gazoduc-destine-a-contrer-la-turquie_6024684_3210.html*). Ce projet consiste en un gazoduc, en grande partie sous-marin, d'environ 2000 kilomètres, qui permettra le transport de 9 à 11 milliards de m^3 de gaz naturel par an depuis les réserves israéliennes et chypriotes vers la Grèce puis vers l'Union européenne. Le Premier ministre israélien Benjamin Netanyahou s'est rendu en Grèce le 2 janvier afin de sceller l'accord concernant EASTMED avec le Président Chypriote et le Premier ministre Grec (*https://www.timesofisrael.com/heading-to-greece-to-ink-gas-deal-pm-says-it-will-bring-in-hundreds-of-billions/*). L'accord soulève plusieurs questions.

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

1. Premièrement, se pose celle de savoir si le GEN avait la capacité de conclure des traités avec la Turquie. Cet obstacle a été évoqué par la Grèce (*https://www.aljazeera.com/news/2019/12/turkey-flexes-muscle-greece-eu-stick-international-law-19121317514 6069.html*). Comme on le sait, la Libye est actuellement déchirée par un conflit qui la divise entre deux exécutifs rivaux – d'un côté le GEN, basé à Tripoli, dirigé par Fayez Al Sarraj et qui est « reconnu par l'ONU et la communauté internationale » et, de l'autre côté, l'armée nationale libyenne (« ANL »), basée à Tobruk, dirigée par Khalifa Haftar, soutenue par la chambre des représentants « démocratiquement élue » en 2014 et qui bénéficie du soutien militaire des Emirats arabes unis, de l'Egypte et de la Russie (*https://www.ecfr.eu/mena/mapping_libya_conflict*).

Le GEN a été formé suite à de négociations parrainées par l'ONU et soutenues par plusieurs Etats dont la France, la Turquie, l'Egypte, les Emirats arabes unis et les Etats-Unis d'Amérique (*https://www.diplomatie.gouv.fr/fr/dossiers-pays/libye/evenements/article/communique-conjoint-reunion-ministerielle-pour-la-libye-rome-italie-13-12-15*). Ces négociations ont permis la conclusion des accords de Shkirat (ou « accord politique libyen ») le 17 décembre 2015 et la formation du GEN. Le Conseil de sécurité des Nations Unies a ensuite « fait sien le communiqué de Rome du 13 décembre 2015 par lequel le Gouvernement d'entente nationale est reconnu comme seul gouvernement légitime de Libye, et insiste sur le fait qu'un Gouvernement d'entente nationale doit être établi sans attendre dans la capitale, Tripoli, afin que la Libye dispose des moyens nécessaires pour maintenir la gouvernance et promouvoir la stabilité et le développement économiques, et se déclare résolu à appuyer le Gouvernement d'entente nationale » (S/RES/2259 (2015)). Le communiqué de Rome du 13 décembre 2015 comprend « la reconnaissance et le soutien » de « l'accord politique libyen et les institutions qui ont été validées par cet accord [… ainsi que le soutien d'un] gouvernement d'unité nationale comme seul gouvernement libyen légitime ». Les Etats signataires s'engagent à « [cesser] de maintenir tous contacts officiels avec les personnes qui se réclament d'institutions non reconnues par l'accord politique libyen ». Ce communiqué prévoit également « [le soutien des] efforts du peuple libyen pour transformer la Libye en un Etat sûr, démocratique, prospère et uni, dans lequel la réconciliation de tous les habitants peut être réalisée et l'autorité de l'Etat et l'Etat de droit restaurés ».

L'accord politique libyen prévoit à son tour que « the term of the Government of National Accord shall be one year as of the date of granting it a vote of confidence by the House of Representatives » (*https://unsmil.unmissions.org/sites/default/files/Libyan %20Political%20Agreement%20-%20ENG%20.pdf*). La chambre des représentants n'a toutefois jamais accordé la confiance au GEN (*https://www.france24.com/fr/20160822-libye-parlement-tobrouk-refuse-confiance-gouvernement-union-nationale-gna*) et les relations entre les deux institutions se sont beaucoup détériorées depuis (*https://www.middleeastmonitor.com/20191219-how-libyas-un-recognised-government-is-doing-everything-but-its-job/*).

Il résulte de ce qui précède que la qualification du GEN de « gouvernement reconnu par l'ONU » est problématique. La reconnaissance « par l'ONU » supposait un accord entre les institutions, dont le Parlement, dans un cadre « démocratique ».

L'hypothèse de l'« Etat divisé » n'est pas nouvelle ; la Suède avait même formulé cela en 1966 : « [a problem] arises with respect to the question which of two rival governments is competent to bind a State under a treaty » sans y proposer une solution

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

(*ACDI*, 1966, volume II., p. 398). Fayez Al Sarraj a fermement déclaré que « [son] gouvernement a le droit de conclure des accords avec n'importe quel pays » en s'appuyant sur la reconnaissance de son gouvernement par les Nations Unies. (*https://www.trt.net.tr/francais/afrique-asie/2020/01/09/al-sarraj-notre-gouvernement-a-le-droit-de-conclure-des-accords-avec-n-importe-quel-pays-1337622*). La Chambre des représentants de Libye n'est pas du même avis puisqu'elle a décidé de rompre ses relations avec la Turquie le 4 janvier 2020, accusant Al Sarraj de « haute trahison » (*http://www.rfi.fr/afrique/20200104-libye-parlement-benghazi-vote-rupture-relations-turquie*). Ce vote fait suite à la visite du chef de la diplomatie grecque Nikos Dendias à Benghazi, où il a rencontré Khalifa Haftar pour discuter, entre autres sujets, de l'accord conclu avec la Turquie (*https://www.courrierinternational.com/depeche/libye-le-chef-de-la-diplomatie-grecque-chez-haftar-en-pleine-tension-avec ankara.afp.com.20191222.doc.1n94j6.xml*).

La Convention de Vienne sur le droit des traités prévoit dans son article 46 qu'un Etat ne peut invoquer la violation de son droit interne afin d'invalider un accord, « à moins que cette violation n'ait été manifeste et ne concerne une règle de son droit interne d'importance fondamentale ». Le Professeur Combacau explique que ces deux critères devraient relever de l'évidence « pour tout sujet de bonne foi et jugeant conformément à l'usage ». Le Professeur Talmon a considéré quant à lui que « it may be argued that the conclusion of a treaty contrary to the constitution by a person other than the head of State or the ratification of a treaty without parliamentary approval always constitutes a manifest violation of a rule of fundamental importance » (S. Talmon, *Recognition of Governments in International Law — With Particular Reference to Governments in Exile*, Oxford University Press, 2003, p. 130-131). Il est possible de considérer qu'un accord tel que l'accord de délimitation maritime en question comprend une condition résolutoire implicite d'acceptation de l'accord, ou d'acquiescement par l'autorité qui reprendra le contrôle de l'Etat. Cette argument est fondé sur les articles 45 et 46 de la convention de Vienne. Le Professeur Talmon rejette cette lecture car « this view creates legal uncertainty and may even prevent other States from concluding vital treaties with such governments in exile ». Mais l'instabilité légale invoquée par le Professeur Talmon était connue d'avance par les Parties. L'objet de l'accord en cause ici justifierait l'existence d'une telle condition résolutoire, étant donné qu'une délimitation, pour être pleinement effective, suppose que son signataire ait le contrôle de l'espace en question. L'incertitude et l'instabilité légale ne peuvent être balayées puisqu'elles existent bel et bien sur le terrain. La Turquie ne peut prétendre ignorer la configuration politique libyenne. L'accord a d'ailleurs été rapidement « invalidé » par Khalifa Haftar et ses alliés, qui le jugent « illégal et douteux » (*https://www.francetvinfo.fr/monde/afrique/libye/libye-un-accord-militaire-entre-ankara-et-fayez-al-sarraj-provoque-la-colere-de-khalifa-haftar-et-dathenes_3730295.html*). L'accord a également été jugé comme ayant « sapé davantage la stabilité régionale et considéré comme nul et non avenu » par l'Egypte, la France la Grèce et Chypre, dans un communiqué publié à la suite de la rencontre de leurs ministres des Affaires étrangères au Caire (*https://fr.timesofisrael.com/egypte-france-grece-et-chypre-les-accords-turco-libyens-nuls-et-non-avenus/*).

2. Deuxièmement, la forme bilatérale de l'accord est source de problèmes. Dans un passage célèbre, la CIJ a affirmé dès 1951 que « la délimitation des espaces maritimes a toujours un aspect international ; elle ne saurait dépendre de la seule volonté de l'Etat

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

riverain telle qu'elle s'exprime dans son droit interne. S'il est vrai que l'acte de délimitation est nécessairement un acte unilatéral, parce que l'Etat riverain a seul qualité pour procéder, en revanche la validité de la délimitation à l'égard des Etats tiers relève du droit international » (Affaire des *Pêcheries* (Royaume-Uni c. Norvège), arrêt du 18 décembre 1951, p. 132). Ce raisonnement est transposable aux délimitations bilatérales affectant des Etats tiers. Sans oublier le principe *res inter alios acta*, consacré par l'article 34 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Ainsi, l'accord turco-libyen ne peut créer ni obligations ni droits pour les Etats tiers. De même, l'accord ne tient nullement compte des droits des Etats tiers et ce contrairement à la jurisprudence de la CIJ en la matière. Cette dernière avait déjà jugé en 1969 que « le rapport raisonnable d'une délimitation opérée conformément à des principes équitables devrait faire apparaître entre l'étendue des zones du plateau continental relevant de l'Etat riverain et la longueur de son littoral mesurée suivant la direction générale de celui-ci, compte tenu à cette fin des effets actuels ou éventuels de toute autre délimitation du plateau continental effectuée entre Etats limitrophes dans la même région » (Affaire du *Plateau continental de la Mer du Nord*, arrêt du 20 février 1969, § 101). La Cour est allée plus loin dans l'affaire Burkina Faso/Mali lorsqu'elle considéra « [qu']en matière de délimitation du plateau continental, un accord entre les parties, parfaitement valable et obligatoire pour elles sur le plan conventionnel, peut, dès qu'on prend en considération les rapports entre les parties et un Etat tiers, s'avérer contraire aux règles du droit international régissant le plateau continental » (Affaire du *Différend frontalier* - Burkina Faso/République du Mali, arrêt du 22 décembre 1986, § 47)**.** L'article 4 de l'accord en question prévoit pourtant que « si l'un des deux Etats est en négociation avec un autre Etat pour la délimitation de la zone économique exclusive, cette Partie devra, avant la conclusion d'un accord final avec l'autre Etat, notifier et consulter l'autre Partie ». La Turquie se reconnaît ce droit mais le refuse à ces voisins.

La Turquie n'est pas partie à la Convention de Montego Bay, ayant même voté contre le texte final. La CIJ avait énoncé dans l'affaire Libye/Malte « [qu'il] est incontestable selon la Cour qu'en dehors de ces dispositions la pratique des Etats démontre que l'institution de la zone économique exclusive, où il est de règle que le titre soit déterminé par la distance, s'est intégrée au droit coutumier » (Affaire du *Plateau continental* - Jamahiriya Arabe Libyenne/Malte, arrêt du 3 juin 1985, § 34).

Certes, la Turquie pourrait considérer qu'elle est à l'abri de ces règles en se référant à la notion d'objecteur persistant. La Turquie et la Libye se sont contentées de rappeler dans le Préambule de l'accord leur (seul) attachement aux buts et principes de la Charte en omettant toute référence au droit de la Mer. Cependant, l'accord se réfère aux notions de ZEE et de plateau continental, sans préciser le régime qui leur est applicable. L'article 4 de l'accord relatif au règlement des différends est particulièrement intéressant dans la mesure où il ne fait référence qu'à des règles de procédure. La Turquie invoque souvent son droit à une ZEE, ou le droit de la « République turque de Chypre du nord » à une ZEE. Ankara se conforme également à des règles comprises dans un régime qu'elle prétend refuser, tel que l'article 84 (2) de la Convention de Montego Bay (*https://www.ejiltalk.org/the-continental-shelf-delimitation-agreement-between-turkey-and-trnc/*). Le préambule fait également référence à l'exercice de « droits souverains et/ou les compétences tirées des règles internationales » dans l'espace délimité, faisant

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

écho à l'article 56 de la Convention de Montego Bay. Ainsi, l'approche turque du droit de la Mer paraît manquer de cohérence.

3. Troisièmement, la délimitation maritime prévue par l'accord a été obtenue en échange du soutien militaire turc. Nous pouvons lire dans le préambule de l'accord que la Turquie et le GEN se disent « convaincus que ce Mémorandum d'entente contribuera au renforcement des relations entre les Parties et encouragera la coopération entre les deux Etats amis, dans le cadre de leurs intérêts ». Cet accord militaire a été signé le même jour que l'accord de délimitation maritime. L'accord militaire prévoit un déploiement militaire turc en Libye en soutien du GEN, contre Khalifa Haftar. Ce déploiement militaire a été approuvé par le Parlement turc en début d'année (*https://www.france24.com/fr/20200102-le-parlement-turc-approuve-un-d%C3%A9ploiement-militaire-en-libye*) et a été rejeté par la Chambre des représentants en Libye (*https://www.dw.com/en/libyas-parliament-votes-against-turkey-deployment/a-51887191*). Athènes est même allée jusqu'à considérer que la Turquie avait fait du « chantage » contre le GEN pour signer cet accord en envoyant des armes (*https://www.euractiv.com/section/defence-and-security/news/athens-says-turkey-blackmailed-libya-to-sign-mou-by-sending-weapons/*). Le vocabulaire employé par Athènes est excessif mais ce ne serait pas la première fois que la Turquie exerce des pressions pour faire valoir ce qu'elle considère être ses droits (*https://www.lecommercedulevant.com/article/19336-les-dessous-du-nouveau-litige-frontalier-entre-le-liban-et-isral*).

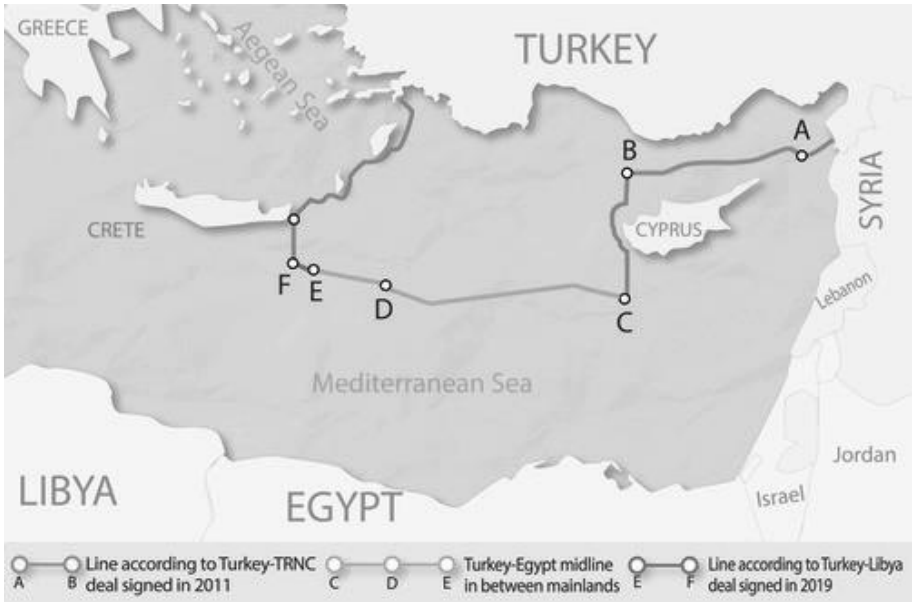
Il est également question d'une intervention militaire sur invitation. Le problème de la capacité du GEN de conclure des accords au nom de la Libye se pose à nouveau. Par ailleurs, la légalité de l'accord en soi est douteuse, dans la mesure où il violerait le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, souvent considéré comme une règle impérative. Ce déploiement militaire s'ajoute aux violations turques de l'embargo sur les armes en Libye imposé depuis 2011 renouvelé en juin 2019 par la résolution 2473 du Conseil de sécurité des Nations Unies. L'ONU a accusé la Turquie d'avoir « apporté ouvertement son soutien au gouvernement du Premier ministre Fayez Al Sarraj, […et] fourni du matériel à ses troupes, allant de véhicules blindés aux drones » (*https://www.france24.com/fr/20191108-jordanie-turquie-eau-accuses-rapport-onu-viole-embargo-armes-libye*).

Le projet EASTMED a très certainement motivé les accords turco-libyens. L'exclusion de la Turquie du projet EASTMED l'éloigne du marché européen. A défaut de pouvoir y participer, la Turquie, à travers son accord avec le GEN ainsi que ses forages au large de Chypre, s'impose et rappelle à ses voisins qu'elle n'hésitera pas à faire obstacle à leur projet (v. cette « Chronique, n° 2018/1.20 et 2019/4.75). La Turquie peut encore se réjouir du gazoduc TURKSTREAM qui la lie à la Russie, inauguré le 8 janvier 2020, et qui devrait assurer la fourniture de gaz russe à l'Europe (*https://www.lefigaro.fr/international/turkstream-un-gazoduc-pour-contourner-les-sanctions-de-l-ue-20200108*).

Enfin, il est difficile de terminer sans une allusion aux aspects géopolitiques qui froment la trame de fond de ces affaires. Transposées aux circonstances libyennes, les alliances évoquées ci-dessus prennent une toute autre forme : la Russie, soutient militairement Khalifa Haftar (*https://foreignpolicy.com/2019/12/05/libya-khalifa-haftar-take-tripoli-russian-fighters-help/*) ; l'Italie, à qui l'on reproche d'être nostalgique de son passé colonial, continue de soutenir le GEN (*https://www.lopinion.fr/edition/international/ambiguites-italiennes-pesent-poids-en-libye-208104*). La Libye semble

© Editions A. Pedone

ainsi faire office d'un laboratoire géopolitique qui permet aux Etats de tester des alliances, de formuler des menaces et, fort souvent, de mener des guerres par procuration. Le Pr Erdogan ne cache pas ses ambitions néo-ottomanes (*http://www.hurriyetdailynews.com/turkish-army-forms-ceremonial-ottoman-unit-on-erdogans-order-83152*). Il a récemment déclaré « nos soldats ainsi que nos policiers ont lutté héroïquement sur le sol, en mer et dans les airs. Lors de l'opération Source de Paix, ils ont chassé tous les terroristes de cette zone. Actuellement nous lançons une toute autre et nouvelle initiative avec la Libye en Méditerranée orientale. Si Dieu le veut, avec cette initiative lancée en Méditerranée, nos *Mehmetçik* (soldats turcs) continuerons d'écrire une légende telle que les légendes écrites dans le passé par Barberousse en Méditerranée », (*https://www.trt.net.tr/francais/turquie/2020/01/01/erdogan-nous-sommes-determines-a-lancer-avec-la-libye-de-nouvelles-initiatives-en-mediterranee-1332948*). La référence à Barberousse n'est pas anodine. La Libye était une possession ottomane de 1551 à 1912, quand elle fut prise par l'Italie. Le journal pro-gouvernemental Yeni Safak a publié, à la suite de la conclusion de l'accord, qu'il s'agit « [d'un] changement de cap pour la géopolitique de la Méditerranée, désormais il faudra compter avec la Turquie contre ceux qui veulent dépecer la Libye, cette région nous appartient, ce n'est pas celle de l'Europe ou des Etats-Unis » (*https://www.courrierinternational.com/revue-de-presse/turquie-erdogan-sinvite-encore-un-peu-plus-dans-le-chaos-libyen*).



Source : *https://www.dailysabah.com/politics/2019/12/03/greece-to-bring-turkeys-deal-with-libya-to-table-in-london*

M.H.

© Editions A. Pedone

MAROC – UNION EUROPÉENNE

Entrée en vigueur de l'accord de pêche modifié : l'histoire n'est pas finie

2020/1.16 – Le nouvel Accord de partenariat dans le domaine de la pêche durable entre l'Union européenne et le Royaume du Maroc est entré en vigueur le 19 juillet 2019, à l'issue du processus de ratification des deux parties, dont l'approbation par le Parlement européen le 12 février 2019 de cet accord renégocié. Cet accord a en effet été renégocié afin qu'il puisse inclure dans son champ d'application les eaux adjacentes au Sahara occidental, zone constituant en grande partie le lieu d'activité de pêche de l'Union dans la région. Cette exclusion était le résultat d'un arrêt du 27 février 2018 rendu par la Cour de justice de l'Union européenne (affaire C-266/16 ; sur cette affaire, v. cette « Chronique », n° 2018/2.52) mais privait l'accord de l'un de ses intérêts principaux. La justice européenne avait ainsi exigé que l'accord renégocié, pour inclure les eaux adjacentes au Sahara occidental dans son champ d'application, devrait comporter la mention explicite du Sahara occidental, obtenir le consentement de la population concernée et enfin profiter à la population locale. Sans revenir ici sur l'historique de ces questions, on se concentrera sur les modifications apportées à l'accord initial pour le rendre conforme au principe d'autodétermination.

Ce nouvel accord relatif à la gouvernance juridique, environnementale, économique et sociale des activités des navires de pêche de l'UE au Maroc et au Sahara occidental fixe les possibilités de pêche pour les navires de l'Union et promeut une politique de pêche durable en autorisant les navires de l'Union à pêcher uniquement le reliquat du volume admissible mentionné dans la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer. L'accord doit également permettre à l'Union et au Maroc de coopérer davantage dans la promotion d'une politique de pêche durable et soutenir les efforts du Maroc en matière de développement du secteur de la pêche et de l'économie bleue. Plus généralement, l'accord doit renforcer les relations bilatérales entre les parties et établir un dialogue sur la gouvernance des pêches. Le Parlement européen a insisté dans un communiqué de presse sur le fait qu'il ne préjugeait pas du processus politique sur le statut final du Sahara occidental et soutenait « pleinement les efforts de l'ONU pour aboutir à une solution politique permettant l'autodétermination du peuple du Sahara occidental » (*https://www.europarl.europa.eu/news/fr/press-room/20190207IPR25218/peche-accord-de-partenariat-avec-le-maroc-incluant-le-sahara-occidental*). Dans cette perspective, l'accord ratifié dispose explicitement qu'il a vocation à s'appliquer dans les eaux adjacentes au territoire du Sahara occidental à l'article 1er (h) de l'accord. En outre, le rapport voté par le Parlement en février 2019 précise que la Commission a suivi un « processus de consultation des populations locales […] et des parties intéressées, recueillant l'aval d'une majorité d'interlocuteurs » en faveur du nouvel accord. Toutefois, le Front Polisario a refusé de participer à la consultation. Cette opposition par principe à l'Accord de la part du Front Polisario affaiblit considérablement la valeur de la consultation entreprise par l'Union, alors même que celle-ci est nécessaire à la validité de l'accord dès lors que son application s'étend aux eaux adjacentes au territoire du Sahara occidental. Si cette abstention n'a pas freiné l'entrée en vigueur de l'accord et de son protocole d'application dans la mesure où les procédures de ratification des deux parties ont été menées à leur terme, elle conduit à s'interroger – au-delà des difficultés diplomatiques - sur la conformité de l'accord au regard des principes de droit international public. En effet, l'entrée en vigueur de l'accord de pêche a ravivé les

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

tensions entre le Front Polisario et la communauté internationale. Bien que l'échange de lettres entre l'Union et le Maroc insiste sur le fait que le nouvel accord de pêche est conclu « sans préjudice des positions respectives » des parties, le Front Polisario a réitéré son opposition à l'Accord et son intention de saisir à nouveau la Cour de justice de l'Union européenne. Il soutient que cet accord constitue un obstacle posé par l'Union européenne au processus de paix mis en place par les Nations Unies. L'approbation par le Parlement semble être perçue par le Front Polisario comme une faveur faite par l'Union au Maroc. Le Ministre des Affaires étrangères marocain a affirmé quant à lui que l'approbation par le Parlement de l'accord de pêche confirmait que « le Royaume du Maroc était le seul habilité juridiquement dans le cadre de l'exercice de sa souveraineté à négocier et signer des accords incluant le Sahara occidental » (communiqué AFP 2019, *https://www.actualitesdudroit.fr/browse/afrique/droits-nationaux/19645/le-parlement-europeen-valide-le-nouvel-accord-de-peche-ue-maroc*). Ainsi, en permettant l'entrée en vigueur de l'accord de pêche négocié avec le Maroc, l'Union européenne semble favoriser ses relations avec celui-ci et ses propres intérêts au détriment de l'apaisement des tensions entre le Sahara occidental et le Maroc. Il appartiendra probablement à la Cour de justice de l'Union européenne de statuer prochainement sur la validité de ce nouvel accord au regard des principes du droit international. La requête du Front Polisario ne pourra en effet pas être jugée irrecevable dans la mesure où le nouvel accord de pêche vise explicitement les eaux adjacentes au Sahara occidental. Ce nouveau contentieux pourra être l'occasion pour la Cour de justice de l'Union européenne de clarifier la place et le rôle du Front Polisario à l'égard du Sahara occidental.

E.Lef.

ORGANISATION DES NATIONS UNIES

Non reconduction de certains casques bleus Sri-Lankais

2020/1.17 – Le 25 septembre 2019, Farhan Haq, porte-parole du Secrétaire Général des Nations Unies, a annoncé que le Département des Opérations de maintien de la paix avait décidé de « suspendre de futurs déploiement de soldats sri lankais au sein des casques bleus, à l'exception des endroits où une suspension exposerait l'ONU à de sérieux risques opérationnels » (*https://www.reuters.com/article/us-sri-lanka-un-peacekeepers/un-suspends-sri-lankan-troops-from-peacekeeping-over-army-chief-appointment-idUSKBN1WA2SL*). Cette annonce fait suite à la nomination le 19 août par le Président sri lankais du général Shavendra Silva au poste de Chef de l'armée. Dans son allocution, le porte-parole a énoncé que l'ONU avait exprimé son inquiétude au gouvernement sri lankais eu égard à cette nomination malgré les crédibles allégations de graves violations du droit international humanitaire et des droits de l'homme portées contre lui.

En effet, quelques jours après sa nomination cet été, la Haute Commissaire des Nations Unies aux droits de l'Homme s'était dite « profondément troublée » par la promotion du général Silva, qui « compromet gravement l'engagement de Sri Lanka à promouvoir la justice et la reddition de comptes dans le contexte de la résolution 30/1 du Conseil des droits de l'homme ». Pour elle, cette nomination « sape les efforts de réconciliation, en particulier aux yeux des victimes et des survivants qui ont beaucoup souffert de la guerre. Elle retarde également la réforme du secteur de la sécurité ». Elle

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

avait ainsi prévenu que la nomination « aura[it] probablement un impact sur la capacité de Sri Lanka à continuer de contribuer aux efforts de maintien de la paix des Nations Unies » (*https://news.un.org/fr/story/2019/08/1049881*). Cette nomination avait suscité de nombreuses réactions de la part de différents organes des Nations Unies mais également de gouvernements et délégations. La délégation de l'Union européenne à Sri Lanka a fait savoir dès le 20 août par une déclaration conjointe avec plusieurs ambassades d'Etats européens qu'elle partageait les inquiétudes de la Haute Commissaire aux droits de l'Homme, remettant en question les engagements pris par le pays récemment, notamment en mars 2019 (A/HRC/40/L.1, « Favoriser la réconciliation et l'établissement des responsabilités et promouvoir les droits de l'homme à Sri Lanka »), sur la réconciliation nationale et l'établissement des responsabilités (*https://eeas.europa.eu/delegations/sri-lanka/66564/joint-statement_en*).

Le gouvernement sri-lankais ne reconnaît toujours pas sa responsabilité dans les massacres qui ont coûté la vie à des milliers de civils tamouls pendant la guerre civile. Sri Lanka, dominé par une majorité cingalaise de religion bouddhiste, a connu un conflit interne de juillet 1983 à mai 2009 ayant opposé l'armée sri lankaise aux militants séparatistes de l'organisation des Tigres de libération de l'Eelam Tamoul (LTTE). Les tamouls, peuple que l'on retrouve dans le sud de l'Inde dans l'Etat de Tamil Nadu et dans le Nord et l'Est de Sri Lanka, sont de religion majoritairement hindouiste avec une minorité chrétienne et musulmane. Face à la discrimination et l'oppression de la majorité cingalaise à leur égard, les tamouls n'ont eu de cesse d'avoir des revendications croissantes depuis l'indépendance en 1948 : ils ont d'abord demandé une organisation fédérale puis ont revendiqué la création d'un Etat autonome, jusqu'à ce que le LTTE prenne les armes contre l'armée. Ce conflit de près de trente ans a fait environ 100 000 victimes, dont beaucoup dans la phase finale des combats. De plus, 800 000 tamouls ont fui le pays pour rejoindre l'Europe occidentale, l'Amérique du Nord et l'Inde. Des organisations non-gouvernementales et des rapports de l'ONU font état de graves violations du droit international humanitaire de la part des deux côtés des forces pendant les combats (voir par exemple A/HRC/40/23). En 2009, Shavendra Silva était au commandement de la division 58 chargée de reprendre le Nord-est de l'île aux Tigres tamouls. Au cours de cette opération, l'armée a bombardé un hôpital et un centre de l'ONU. En 2014, le Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme a été chargé d'enquêter sur les allégations de graves violations des droits de l'homme commises par les deux parties. S'en est ainsi suivi la publication d'un rapport qui fait état de l'implication de Shavendra Silva dans des violations du droit de la guerre et des droits de l'homme (A/HRC/30/CRP.2).

A la suite de la décision de suspension des casques bleus, le gouvernement sri lankais a immédiatement réagi en annonçant qu'il était en discussion avec le Secrétaire général des Nations Unies (*https://www.mfa.gov.lk/un-peace-operations-eng/*). Le 27 septembre, deux jours après l'annonce, le Foreign Secretary sri lankais a rencontré le Sous-secrétaire général du département des opérations de maintien de la paix, M. Jean-Pierre Lacroix (*https://www.un.int/srilanka/news/foreign-secretary-aryasinha-discusses-obstacles-placed-sri-lanka's-peacekeeping-contribution-un*). Au cours de cette rencontre, où était également présente la représentante permanente de Sri Lanka auprès des Nations Unies à New-York, Monsieur Lacroix est venu clarifier les conditions d'exercice du retrait annoncé des troupes sri lankaises. Selon lui, seules 25% des troupes sri lankaises

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

engagées au Liban seraient remplacées à la fin de leur mandat, mais il n'y aurait pas plus de réduction du personnel sri lankais servant dans les casques bleus. Ainsi, le retrait ne concerne-t-il pas l'ensemble des casques bleus sri lankais mais une seule opération de maintien de la paix, la FINUL (Force intérimaire des Nations Unies au Liban). Cette dernière a été établie en mars 1978 par le Conseil de sécurité (résolutions 425 et 426) pour confirmer le retrait des troupes israéliennes du sud du Liban, rétablir la paix et la sécurité internationales et aider le Gouvernement libanais à rétablir son autorité effective dans la région. Au 30 septembre 2019, 149 des 651 casques bleus sri lankais déployés à travers six différentes opérations de maintien de la paix servaient au sein de la FINUL.

Sri Lanka a demandé une révision de la décision à la lumière des faits présentés par le gouvernement. Le gouvernement sri lankais conteste la décision de retrait tant sur la forme que sur le fond. Sur la forme, il est question de « *questionable procedure* » et d'« *unjust treatment* » dont ferait preuve le Secrétariat des Nations Unies à l'égard de Sri Lanka. Le Foreign Secretary a fait remarquer que le Memorandum of Understanding conclu entre le gouvernement sri lankais et le Département des opérations de maintien de la paix posait très clairement que les modalités de fin devaient donner lieu à des consultations entre les deux parties. Pour le gouvernement sri lankais, le département des opérations de maintien de la paix a donc violé son obligation et pris une décision unilatérale en lui présentant un « fait accompli ». Il note que la décision a été annoncée à la représentante permanente de Sri Lanka lors d'un appel de courtoisie au Sous-secrétaire général, juste avant que la déclaration ne soit rendue publique, ce qu'il qualifie d'« inapproprié ». La représentante permanente reprendra quelques jours plus tard cette qualification de décision unilatérale et énoncera que l'ONU cherchait à justifier cette décision sur la base d'une nomination interne faite par Sri Lanka dans l'exercice de ses droits souverains, défiant ainsi le chef de l'Etat d'un Etat membre de l'organisation (*https://www.un.int/srilanka/statements_speeches/statement-delivered-he-kshenuka-senewiratne-sixth-committee-under-agenda-item-83*). Sur le fond, le gouvernement fait savoir que la nomination du général au poste de Chef de l'armée n'a aucun lien avec la capacité et l'engagement du personnel sri lankais dans les opérations de maintien de la paix et qu'il est « inacceptable de pénaliser ces troupes à travers une action punitive ». Pour Sri Lanka, il y aurait ainsi violation, de la part de l'ONU, des attentes légitimes que ces soldats étaient en droit d'avoir après leur entraînement et leur équipement. Le gouvernement soulève également le désagrément que causerait la mise en œuvre d'une telle décision à l'Etat d'accueil des troupes, en l'occurrence le Liban, voire même une possible déstabilisation et compromission des opérations menées par la FINUL. Le Foreign Secretary a également noté que le département des opérations de maintien de la paix avait recours au « *cherry-picking* », une sorte de sélection opportuniste, en ne remplaçant pas les soldats sri lankais dans une zone moins exposée, mais en s'attendant à ce qu'ils continuent de servir dans des zones plus dangereuses et vulnérables. Soulignons d'ailleurs que le 13 novembre a eu lieu une rotation des casques bleus sri lankais au sein de la MINUSMA. Un nouveau contingent de 243 soldats a ainsi décollé de Sri Lanka en direction du Mali, après un discours du chef de l'armée Shavendra Silva (*https://www.army.lk/news/ccc-army-leaves-mali-un-peace-keeping*).

Cette affaire soulève plusieurs questions. D'abord, celle de la violation de l'accord qui lie un Etat qui envoie des troupes, en l'occurrence Sri Lanka, avec le département onusien des opérations de maintien de la paix. Quelle voie de recours un Etat aurait-il

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

quand l'organisation ne respecte pas les obligations auxquelles elle s'est engagée ? Il semble qu'il n'y en ait pas. La décision pourrait éventuellement s'interpréter comme une réaction à l'illicite mais cela impliquerait que la nomination du général Silva, mesure interne faite en conformité avec le droit sri lankais, viole le droit international ce qui reste à démontrer. Se pose esuite la question de l'efficacité d'une telle mesure qui à part son côté peut être symbolique n'aura que peu d'effet. Elle concerne une assez faible proportion des casques bleus d'origine sri lankaise et n'a en aucun cas poussé le gouvernement sri lankais à rechercher la responsabilité de Silva pour les crimes qu'il aurait commis. A ce titre, il y a fort à parier que l'établissement des responsabilités ne se fasse pas dans un futur proche. En effet, l'élection présidentielle du 16 novembre 2019 a désigné Gotabaya Rajapaksa, ancien Ministre de la défense, qui était en poste lors des phases finales des combats en 2008/2009. Il a nommé son frère, Mahinda, au poste de Premier Ministre qui n'est autre que l'ancien président de la république (2005-2015), lui aussi au pouvoir lors de la défaite militaire du LTTE et des atrocités commises contre les populations civiles.

M.R.

PHILIPPINES

Remise en cause (en droit interne) du retrait du Statut de la Cour pénale internationale ?

2020/1.18 – Le 17 mars 2019, a pris effet le retrait des Philippines du Statut de Rome, retrait qui a suivi l'ouverture d'un examen préliminaire des crimes présumés commis aux Philippines depuis le 1er juillet 2016 (v. cette « Chronique », n° 2019/1.3). En effet, conformément aux promesses électorales du Président Duterte, le 1er juillet 2016, la Police nationale philippine (PNP) lance une campagne nationale contre la drogue. Les forces de la PNP auraient à ce jour mené des dizaines de milliers d'opérations qui se seraient soldées par le meurtre de milliers de prétendus consommateurs et petits revendeurs de stupéfiants. Des inconnus auraient également mené des milliers d'attaques contre ces personnes. La communauté internationale s'est dite gravement préoccupée par ces meurtres commis sans aucune forme de procès et a critiqué les déclarations du Président *Duterte* qui ont été perçues comme une approbation de ces crimes. Les Philippines ayant déposé leur instrument de ratification du Statut de Rome le 30 août 2011 (*https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/181205-rep-otp-PE-FRA.pdf*), le Procureur de la CPI avait déclaré, le 8 février 2018, l'ouverture d'un examen préliminaire (*https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=180208-otp-stat&ln=fr*) portant sur les crimes précités, qui pourraient être qualifiés de crimes contre l'humanité (*https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/191205-rep-otp-PE.pdf*). En effet, ces meurtres, agressions et détentions illégales ont été commis au cours d'une période de plusieurs années, de manière systématique, avec des déclarations courantes de soutien et d'approbation de la part de hauts responsables du gouvernement, dans le cadre d'une politique gouvernementale d'attaque contre, au moins, une partie de la population civile (*https://www.amnesty.org/download/Documents/ASA3505782019ENGLISH.PDF*).

Dans le cadre de cet examen, le Bureau du Procureur « contactera les autorités nationales concernées dans le but d'aborder et d'évaluer toute enquête et toute poursuite pertinentes menées à l'échelon national » et espère « pouvoir compter sur la totale

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

coopération des autorités nationales concernées aux Philippines » (*https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=180208-otp-stat&ln=fr).* Il n'en reste pas moins que, formellement, l'obligation légale de coopération prévue dans l'article 86 du Statut ne s'applique pas pendant la phase de l'examen préliminaire, le Procureur ne disposant pas à ce stade de pouvoir d'enquête (J. Fernandez et X. Pacreau, *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, *Commentaire article par article*, Tome II, Paris, Pedone, 2012, pp. 1798-1799). En l'espèce, le Président Duterte compte ne coopérer avec la Cour d'aucune façon, car celle-ci « ne pourra jamais avoir quelque compétence que ce soit pour juger ma personne », annonce-t-il (*https://www.france24.com/fr/20190318-philippines-cpi-enquete-drogue-rodrigo-duterte*). Or, la compétence de la Cour ne sera pas impactée par le retrait des Philippines du Statut (v. article 127), qui comme on le sait n'a aucune incidence sur les procédures en cours. Dans sa décision autorisant l'ouverture d'une enquête sur la situation au Burundi, la Chambre préliminaire de la Cour a déjà indiqué que la CPI conserve sa compétence concernant les crimes commis pendant la période où l'Etat était partie au Statut et peut exercer cette compétence sur ces crimes, même après que le retrait soit devenu effectif (*https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1371&ln=fr*).

Une des questions les plus intéressantes soulevées par le retrait des Philippines du Statut de Rome est celle des contestations dont ce retrait a pu faire l'objet sur le plan interne. De requêtes ont été déposées à ce sens par de sénateurs de l'opposition et la « Philippine Coalition for the International Criminal Court » (PCICC). Si la Cour suprême des Philippines n'a pas encore rendu une décision définitive en la matière, en octobre 2018, elle avait achevé les audiences dans l'affaire *Senator Francis Pangilinan, et al. vs Alan Peter Cayetano et al. & PCICC et al. vs Salvador Madialdea et al.*

Lors des audiences, les requérants ont mis en avant un argument relatif à la séparation des pouvoirs entre le Président et le Sénat concernant la capacité de conclure un traité et de se retirer de celui-ci. L'article VII, Section 21 de la Constitution des Philippines prévoit que « No treaty or international agreement shall be valid and effective unless concurred in by at least two-thirds of all the Members of the Senate » (*https://www.officialgazette.gov.ph/constitutions/1987-constitution/*). Certes, l'article est silencieux quant à la capacité de se retirer d'un traité et la résolution 546 (2011), par laquelle le Sénat philippin a donné son accord à la ratification du Statut de Rome, ne mentionne pas non plus le cas du retrait. Toutefois, 17 traités conclus depuis contiennent une disposition qui exige l'approbation du Sénat en cas de retrait. La Résolution 289 (2017), qui n'a pas été adoptée, va dans le même sens (*https://www.senate.gov.ph/lisdata/2537421876!.pdf*), 14 sénateurs présentant des arguments qui justifient, selon eux, une telle condition. Ils affirment, entre autres, que « *the principle of checks and balances […] and the Constitution's dictate for a shared treaty-making power require that a termination, withdrawal, abrogation, renunciation of a treaty can only be done with the same authority that gave it effect* ». Faut-il comprendre que la pratique était différente par le passé et que le Sénat opte, désormais, pour une pratique nouvelle ? Ou est-ce que la pratique a toujours nécessité l'approbation du Sénat et ce serait dès lors la violation de cette règle lors du retrait du Statut de Rome qui aurait incité à l'inclusion d'une disposition explicite dans les traités postérieurs (*https://opiniojuris.org/2018/10/18/withdrawal-from-the-international-criminal-court-much-ado-about-nothing-at-the-philippine-supreme-court-part-i/*) ?

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

Face à des Constitutions nationales silencieuses sur la question du retrait des traités internationaux, les juges auraient une marge d'interprétation en la matière. La High Court de l'Afrique du Sud a déclaré inconstitutionnel et invalidé le retrait du pays du Statut de Rome (v. cette « Chronique » n° 2017/2.30) en appliquant le « principe de l'acte contraire » ; elle a interprété la section 231(2) de la Constitution sudafricaine comme imposant une approbation parlementaire non seulement pour la ratification, mais aussi pour le retrait de traités. Si l'application de ce principe est discutable dans ce contexte, la Cour suprême du Royaume-Uni, dans l'affaire *R. (Miller) v. Secretary of State*, a raisonné différemment pour arriver à la même conclusion. Compte tenu de la spécificité du statut de la loi d'adhésion aux Communautés européennes de 1972 dans l'ordre constitutionnel interne, son abrogation emporte une espèce de révision de la Constitution britannique qui nécessite l'intervention du Parlement (*https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/le-brexit-revelateur-de-l-alchimie-entre-constitution-politique-et-constitution-juridique-au-royaume*). Le principe de l'autonomie du pouvoir législatif, le principe de la séparation des pouvoirs et le principe démocratique iraient en ce sens (*https://academic.oup.com/ejil/article/30/1/73/5498083*). Cependant, s'y oppose, tout d'abord, la clarté des dispositions constitutionnelles. De plus, le pouvoir exécutif et plus précisément, pour le cas d'espèce, le département philippin des Affaires étrangères serait plus à même d'évaluer les conditions de retrait prévues par le traité lui-même, voire par la Convention de Vienne sur le droit des traités. Enfin, si en droit philippin, un traité a la même valeur juridique qu'une loi, il reste que le retrait d'un traité diffère de l'abrogation d'une loi car il doit, précisément, répondre aux conditions posées par le traité lui-même. D'ailleurs, quand le Sénat donne son accord à la ratification d'un traité, il n'est pas censé exercer un pouvoir purement législatif (*https://www.manilatimes.net/2018/10/13/opinion/analysis/ph-withdrawal-from-icc-without-senate-approval-a-legal-question-not-a-human-rights-issue/451487/*).

Dans le cas où la Cour suprême des Philippines accepte de statuer au fond, la question demeure de savoir si elle suivra l'exemple sudafricain ou britannique ou si, elle considéra, à l'instar de son homologue étasunien, qu'il s'agit au contraire d'une question politique (*https://academic.oup.com/ejil/article/30/1/73/5498083*). La deuxième hypothèse est peut-être plus probable compte tenu de l'influence exercée par la Cour suprême étatsunienne sur la juridiction philippine, ainsi que la situation politique actuelle au pays.

Lors des audiences, s'est également posée la question de la pertinence du *case law*, les requérants se fondant sur la décision précitée de la High Court sudafricaine. Or, les juges ont remarqué que l'arrêt n'a qu'une valeur persuasive, émanant d'une juridiction d'un système politique différent. Quant au principe de complémentarité et l'article 17 du Statut de Rome, les juges se sont demandés si la coalition PCICC avait effectivement introduit des recours devant les tribunaux inférieurs. Ils ont observé, en outre, l'absence de preuves démontrant une défaillance du système judiciaire philippin, notamment de preuves fondées sur de faits et non pas de simples allégations (*https://opiniojuris.org/ 2018/10/18/ withdrawal-from-the-international-criminal-court-much-ado-about-nothing-at-the-philippine-supreme-court-part-i/*). Il convient de noter, sur ce point, que selon le rapport du 5 décembre 2019, d'après les informations disponibles, il n'y a qu'une affaire relative à la guerre contre la drogue qui a pu donner lieu à un jugement rendu le 28 novembre 2019, par lequel un tribunal régional a condamné trois policiers pour le meurtre d'un mineur de 17 ans (*https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/191205-rep-otp-PE.pdf*).

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

Enfin, les juges doivent s'interroger sur l'argument de l'insuffisance de fondements légaux de protection des droits, en citant, entre autres, le *Anti-torture Act*, le *Anti-enforced or Involuntary Disappearance Act*, le R.A. 9851 (« *The Philippine Act on Crimes Against International Humanitarian Law, Genocide and Other Crimes Against Humanity* ») (*https://opiniojuris.org/2018/10/18/withdrawal-from-the-international-criminal-court-much-ado-about-nothing-at-the-philippine-supreme-court-part-i/*). Si le R.A. 9851 soulève un certain nombre de questions (v. *https://opiniojuris.org/2018/10/18/philippine-withdrawal-from-the-international-criminal-court-much-ado-about-nothing-at-the-philippine-supreme-court-part-ii/*), il est intéressant de noter que cet acte, sous certains aspects, n'atteint pas les standards de protection garantis par le Statut de Rome du point de vue substantiel. Cela ferait penser à l'argument mis en avant devant (et écarté par) la High Court sudafricaine selon lequel le retrait du Statut de Rome serait inconstitutionnel, en ce qu'il aurait un effet rétrograde en matière de protection des droits de l'Homme (*https://academic.oup.com/ejil/article/30/1/73/5498083*), argument qui empêcherait dans tous les cas le retrait du Statut de Rome. Un tel argument serait-il pertinent dans le cas philippin sur la base, par exemple, de l'article II, Section 11 de la Constitution qui dispose que « the State values the dignity of every human person and guarantees full respect for human rights » ?

Selon Priya Pillai, cette affaire, dans sa globalité, montre l'importance du rôle que jouent les juridictions nationales dans l'interprétation du droit international, la justice internationale et les mécanismes d'engagement de la responsabilité (*https://opiniojuris.org/2018/10/18/philippine-withdrawal-from-the-international-criminal-court-much-ado-about-nothing-at-the-philippine-supreme-court-part-ii/*).

D.K.

RÉPUBLIQUE POPULAIRE DE CHINE - ÎLES SALOMON - RÉPUBLIQUE DE CHINE -RÉPUBLIQUE DES KIRIBATI

La diplomatie du « carnet de chèque » continue aux dépens de Taïwan

2020/1.19 – Depuis l'arrivée au pouvoir en janvier 2016 de Mme Tsai Ing-wen, favorable à l'indépendance de l'île, les derniers alliés de Taïwan se rallient à la République populaire de Chine (ci-après « Chine » ou « RPC ») les uns après les autres. Après Sao Tomé-et-Principe en 2016 (v. cette « Chronique » n° 2017/1.25), le Panama en 2017 (v. cette « Chronique » n° 2017/4.85), la République dominicaine, le Burkina-Faso et le Salvador en 2018 (v. *Le Monde* des 1er mai, 28 mai et 21 août 2018 respectivement), c'est le tour des Îles Salomon et de la République des Kiribati.

Le 21 septembre 2019, le ministre des Affaires étrangères et du Commerce extérieur des Îles Salomon, Jeremiah Manele, a signé un communiqué conjoint avec le Conseiller d'Etat et ministre des Affaires étrangères chinois, Wang Yi, établissant que leurs deux pays avaient décidé de se reconnaître mutuellement et de nouer des relations diplomatiques au niveau d'ambassadeur, effectives à compter de la date de signature dudit communiqué (Agence d'information chinoise Xinhua, 21/09/2019 : *http://www.xinhuanet.com/ english/ 2019-09/21/c_138411016.htm)*. Six jours plus tard, à la mission permanente de la Chine près les Nations Unies à New York, c'était au tour de Taneto Mamau, Président des Kiribati, de signer le même communiqué avec le même Wang Yi (Agence d'information chinoise Xinhua, 28/09/2019 : *www.xinhuanet.com/english/2019-09/28/c_138 429410.htm*).

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

Comme tous les Etats ayant retourné leur veste avant eux, les Îles Salomon et la République des Kiribati ont dû, juste avant de signer le communiqué, annoncer qu'elles reconnaissaient le principe d'une seule Chine, que le gouvernement de la République populaire de Chine était le seul gouvernement légitime, qu'il représentait toute la Chine − Taïwan formant une partie inaliénable du territoire chinois − et qu'elles rompaient leurs liens diplomatiques avec Taipei.

Indignées mais lucides, les autorités de la République de Chine – Taïwan (ci-après « Taïwan ») avaient pris les devants en rompant leurs relations diplomatiques avec les Îles Salomon et les Kiribati les 16 et 20 septembre, respectivement. La présidente Tsai Ing-wen s'est adressée à la nation et a dénoncé la pression croissante exercée par la Chine en vue de limiter l'espace international de Taïwan et de forcer l'île à accepter la formule « un pays, deux systèmes ». Elle a également accusé la RPC de chercher à saper le moral du peuple taïwanais pour influencer les élections présidentielles et législatives qui se tiendront le 20 janvier 2020. Elle a rappelé qu'elle n'engagera pas son pays dans une diplomatie du dollar car telle n'est pas la conception de la diplomatie taïwanaise et que les promesses d'aide financière de la RPC se révélaient souvent vides (v. sa déclaration complète en anglais sur le site de la présidence taïwanaise : *https://english.president.gov.tw/News/5843*). Son ministre des Affaires étrangères a insisté dans son communiqué sur le fossé existant entre la Chine et Taïwan qui : « est un Etat démocratique, indépendant et souverain. A travers l'élection libre de leur chef d'Etat et de leurs parlementaires, les Taïwanais démontrent leur souveraineté. Taïwan n'est pas une province de la république populaire de Chine, et la république populaire de Chine n'a jamais gouverné Taïwan, pas même un seul jour. Ce fait objectif ne peut être modifié par l'intimidation à laquelle la Chine se livre envers Taïwan » (*https://taiwaninfo.nat.gov.tw,* le 20/09/2019).

Pékin aurait accéléré ses négociations afin d'ajouter deux victoires diplomatiques à l'actif du régime communiste à l'approche de la commémoration du 70e anniversaire de sa fondation, le 1er octobre 2019. Cette célébration fut tout particulièrement l'occasion de montrer la puissance militaire chinoise, de quoi intimider un peu plus les indépendantistes taïwanais (v. par ex. *Le Point,* 01/10/2019 et les nombreuses vidéos publiées sur *Youtube*)

Si les Îles Salomon et la République des Kiribati se sont détournées de Taïwan, c'est par intérêt bien sûr. Comme l'indique le site Internet officiel du Quai d'Orsay, *France diplomatie*, ces deux Etats sont très dépendants de l'aide internationale. Le fait qu'ils cèdent au plus offrant n'a donc rien de très étonnant. Ont-ils cependant bien conscience de ce que la Chine attend en échange (sur les prêts et subventions promis aux Îles Salomon v. « La Chine rêve de se payer une île du Pacifique », *Challenges* (site web), 29/10/2019) ? En effet, dès le lendemain de l'établissement des relations entre la RPC et les Îles Salomon, une entreprise d'Etat chinoise, China Sam, passait un accord en toute discrétion avec un gouvernement provincial salomonais pour louer l'île de Tulagi pour une durée de 75 ans. Cette île d'un peu plus de 1 000 habitants était la capitale coloniale et fut le quartier général des militaires anglais puis japonais. Stratégique en raison de son port en eaux profondes naturelles, l'île devait, selon cet accord, accueillir une base de pêche, un centre d'opération et une raffinerie. L'aéroport devait par ailleurs être amélioré et l'établissement d'« une zone économique spéciale ou de toute autre industrie adaptée à tout développement » était prévu. Le *New York Times*, qui a découvert l'accord et est parvenu à se le procurer, l'a dénoncé dans sa une du 17 octobre 2019 (« China Is Leasing a Pacific Island. Its Residents Are Shocked », *The New York Times*, 17/10/2019). C'est

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

par ce biais que les habitants de l'île ont découvert les détails de l'accord et, choqués, se sont mobilisés. L'accord a finalement été déclaré illégal par le procureur général des Îles Salomon notamment car il n'avait pas suivi la procédure réglementaire (« Solomons' government vetoes Chinese attempt to lease an island », *The Guardian*, 25/10/2019). Si le projet semble l'initiative d'un élu mal avisé, pourtant le Premier ministre des Îles Salomon avait déjà accueilli des dirigeants de China Sam sur son territoire et les avait à nouveau rencontrés début octobre à Pékin, ce qui laisse penser que l'Etat salomonais était bien favorable à cette tractation. (« Chinese Lease of Entire Island Is Deemed Illegal in Solomons », *The New York Times*, 24/10/2019.) Le gouvernement américain qui craignait l'installation à terme d'une base militaire chinoise a applaudi la décision du procureur général. Le secrétaire américain à la Défense a souligné que beaucoup d'Etats du Pacifique avaient découvert trop tard que l'utilisation par la Chine de leviers économiques et militaires pour étendre son influence se faisait souvent à leur détriment. (« Solomons' government vetoes Chinese attempt to lease an island », *The Guardian*, 25/10/2019.) Malgré tout, comme le souligne le chef de l'opposition au Parlement salomonais, « le fait que le contrat soit imparfait n'annule pas l'intention qui sous-tend la signature. L'intention est toujours là. ».

Quant à la République des Kiribati, lorsqu'elle avait retiré sa reconnaissance à la RPC en 2003 pour l'accorder à Taïwan, la RPC avait alors démantelé sa station de contrôle spatial présente depuis 1997 à Tarawa-Sud, la capitale de l'archipel. Cette station avait suivi de nombreux lancements dont celui de la mission Shenzhou V ayant emmené le premier astronaute chinois dans l'espace, le 15 octobre 2003. Le retour des Kiribati dans le giron diplomatique de Pékin pourrait donner une nouvelle impulsion aux ambitions spatiales du géant asiatique. Par ailleurs, les îles et les atolls qui composent cet archipel s'étendent à travers l'équateur et se trouvent juste au sud des Îles Marshall, un important centre d'essai pour les missiles des Etats-Unis (« Could ties with Kiribati be a boost to China's space ambitions ? », *South China Morning Post*, 21/09/2019).

Si l'on en revient à Taïwan, à qui il « reste » donc 15 reconnaissances, qu'a-t-elle à perdre de ces deux retraits de reconnaissance (sur la légalité de ces retraits v. cette « Chronique » n° 2017/4.85) ? Taïwan fête cette année les 40 ans du *Taïwan Relations Act* qui orchestre sa relation avec les Etats-Unis d'Amérique, son principal allié malgré l'absence de reconnaissance diplomatique officielle. La section 4 de cette loi de 1979 montre la volonté américaine de ne rien changer à ses rapports avec Taïwan, notamment dans l'application des lois (section 4.a), dans les droits et obligations détenus avant la non-reconnaissance (section 4.a.3.a), quant à la capacité de Taïwan à se présenter devant une cour de justice américaine (Section 4.a.7) et dans les traités et autres arrangements conclus avant 1979 (section 4.b). Certes, il n'y a pas d'ambassade américaine à Taïwan mais l'*American Institute in Taïwan*, entité non gouvernementale, a été chargée de reprendre et conduire tous les programmes, transactions et autres relations dont se chargeait auparavant le président ou d'autres agences gouvernementales américaines. L'article 3(c) établit par ailleurs une alliance de défense, permettant à l'île de bénéficier d'un soutien américain en cas de menace contre sa sécurité ou son système économique et social. Le Japon conserve également de forts liens avec l'île qu'il a colonisée jadis et leurs relations sont régies par l'*Interchange Association*, côté japonais, et l'*Association of East Asian Relations*, côté taïwanais. Les relations franco-taïwanaises quant à elles sont orchestrées par le Bureau français de Taipei et le Bureau de représentation de Taipei

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

en France. La Cour de cassation française considère que la France a accordé une reconnaissance *de facto* à Taïwan et en a déduit qu'elle était bénéficiaire de l'immunité de juridiction au sens de l'article 684 alinéa 2 du Code de procédure civile. (Cass, 1ère civ., 19 mars 2014, *Strategic Technologies / Procurement Bureau of the Republic of China Ministry of National Defense*, v. *RGDIP*, 2015-1, pp. 276-278.) La Cour a même été jusqu'à formuler ouvertement que Taïwan était un « sujet de droit » et à la reconnaître propriétaire d'un bien acquis par l'Etat chinois en 1946. (Cass., 1ère, Civ., 5 novembre 2014, *République Populaire de Chine c. République de Chine (Taïwan) et autres*, v. *RGDIP*, 2015-1, pp. 286-288).

Taïwan constitue ainsi le meilleur exemple du fait que la non-reconnaissance n'empêche pas une entité politique d'avoir des relations internationales. A ce titre, Taïwan constitue sans nul doute un Etat, que J. Verhoeven décrivait comme étant « fondamentalement une *effectivité de relations* » (J. Verhoeven, *La reconnaissance internationale dans la pratique contemporaine. Les relations publiques internationales*, Pedone, 1975, p. 673). On peut d'ailleurs rappeler l'article 3 de la Convention de Montevideo de 1933 et l'article 13 de la Charte de l'Organisation des Etats américains qui posent tous deux : « L'existence politique de l'Etat est indépendante de sa reconnaissance par les autres Etats. Même avant d'être reconnu, l'Etat a le droit de défendre son intégrité et son indépendance, de pourvoir à sa conservation et à sa prospérité et, par conséquent, de s'organiser comme il l'entendra, de légiférer sur ses intérêts, d'administrer ses services et de déterminer la juridiction et la compétence de ses tribunaux […] ». La prospérité de la démocratie taïwanaise constitue ainsi un pied-de-nez aux intimidations chinoises. Selon Business France, l'économie insulaire se classe au 21e rang mondial par le PIB devant des pays tels que la Norvège, l'Autriche, la Thaïlande ou encore l'Afrique du Sud. Les réserves en or et en devises étrangères de Taïwan, avec près de 460 Mds USD en 2017, constituent les cinquièmes au monde par leur importance. (*https://www.businessfrance.fr/fiche-pays-taiwan*). Par ailleurs, Taïwan est membre de l'OMC depuis 2002, de l'APEC (Coopération économique pour l'Asie-Pacifique) et de la Banque asiatique de développement. Enfin, on peut noter que le passeport taïwanais permet l'accès à 226 destinations dont 146 sans visa, atteignant ainsi la 30e place de l'Indice Henley des passeports en 2019, devant la RPC à la 74e place (*https://www.henleypassportindex.com/passport*).

En définitive, les problèmes que Taïwan rencontre à l'international sont plutôt dus aux manœuvres de la Chine qu'au nombre de non-reconnaissances d'un Etat taïwanais. On peut souligner par exemple que la RPC bloque l'accès de Taïwan à l'ONU, non seulement aux travaux de l'organisation, mais aussi pour la couverture journalistique des sessions de l'Assemblée générale et même pour de simples visites touristiques de citoyens taïwanais (v. sur ces trois points : « L'Onu rejette la candidature de Taïwan », *L'Obs*, 24/07/2007 et « Lancement de la campagne pour la participation de Taiwan aux Nations Unies », *Taiwaninfo*, 27/08/2019 ; « RSF appelle l'ONU à accréditer les journalistes taïwanais », *Reporters sans frontières,* 18/09/2018 ; « Supplice chinois pour Taïwan », *Le Temps,* 16 juin 2017). Par ailleurs, Taïwan s'est vu privée de l'organisation de différentes manifestations sportives internationales à l'instigation de la RPC, alors même que plusieurs centaines de millions de dollars avaient été dépensés pour leur organisation (« Patinage artistique : Taïwan proteste contre l'annulation d'une compétition, déplacée en Chine », *L'Equipe*, 24 juillet 2019). Un autre problème est celui

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

de l'extradition fréquente vers la Chine de taïwanais ayant commis des méfaits à l'étranger (v. cette « Chronique » n° 2016/3.81).

Dans ces circonstances, « l'achat » par la Chine de ses relations diplomatiques avec les Îles Salomon et la République des Kiribati n'est qu'un nouvel exemple de la réponse chinoise à l'affirmation par Taipei de sa spécificité et de son indépendance. Néanmoins, selon le mot de la présidente taïwanaise, les manifestations qui secouent Hong Kong depuis mars « font apprécier encore plus notre système démocratique et notre mode de vie ». (« La mobilisation à Hongkong profite à la présidente de Taïwan, Tsai Ing-wen », *Le Monde*, 9 juillet 2019).

CH.D.P.-S.

TURQUIE - SYRIE

Opération « Source de paix »

2020/1.20 - Le 9 octobre 2019 l'opération « Source de paix » a été lancée : l'armée turque a franchi la frontière syrienne et lancé des offensives sur le Nord-Est de la Syrie. Dans la lettre du représentant permanent de la Turquie adressée au Secrétaire Général des Nations Unies, la Turquie avance que cette offensive constitue une défense contre le groupe terroriste PKK/PYD/YPG (Lettre S/2019/804, *https://undocs.org/pdf?symbol =en/S/2019/804*).

Le PKK (Partir des travailleurs du Kurdistan) est un mouvement kurde ayant mené une guérilla contre l'Etat turc à la fin du XX^{ème} siècle (1984-1999) et revendiqué diverses attaques entre 2005 et 2013. Le mouvement est enregistré sur la liste des organisations terroristes par la Turquie, les Etats-Unis et l'Union européenne. Depuis la fin de la guérilla, les cadres du PKK sont majoritairement réfugiés au nord du Kurdistan irakien. Le YPG (Unités de Protection du Peuple) est quant à lui le bras armé du PYD (Parti de l'Union Démocratique) qui se trouve du côté syrien. Le PYD dominait le front militaire intercommunautaire des FDS (Forces Démocratiques Syriennes composées également de membres de l'Armée Syrienne libre (rebelles contre le gouvernement de Bachar Al-Assad) et de combattants d'autres tribus du Nord de la Syrie), forces qui ont libéré tout le Nord de la Syrie. Les deux mouvements politiques étant proches, la Turquie les assimile à une unique organisation, la qualification terroriste du PKK, largement reconnue dans la communauté internationale, emporterait ainsi la même qualification pour le PYD et le YPG. (présentation basée sur celle faite par Olivier Piot, « Le peuple kurde, clé de voûte du Moyen-Orient », *Les Petits matins*, 2017, pp. 187-189)

La Turquie avance deux arguments en vue d'exclure l'illicéité de cette agression armée, interdite par l'article 2 paragraphe 4 de la Charte des Nations Unies.

Elle invoque premièrement son droit à la légitime défense tel que prévu par l'article 51 de la Charte, l'article étant expressément cité dès le second paragraphe de la lettre. Cette légitime défense s'exerce contre le PKK/PYD/YPG catégorisé comme organisation terroriste, qui opère trop près de la frontière turque selon M. Sinirlioglu. Cette revendication amène une nouvelle fois à s'interroger sur la licéité des interventions armées sur le territoire d'un Etat tiers afin de lutter contre le terrorisme, et de rappeler qu'elles ne respectent pas les critères de la légitime défense. La légitime défense est une réponse à une agression armée (1) imputable à un Etat (2) nécessaire et proportionnée (3). Aucune agression armée ne peut être relevée ici, la Turquie ne se prévaut que d'une menace : Ankara invoque l'aide apportée par d'anciens combattants du PKK aux YPG dans la lutte contre Daech. Le mouvement s'est donc fait vers le sud et non vers le nord.

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

Ce dont a peur la Turquie c'est que ces troupes à présent alliées commencent à marcher vers le Nord. Cette menace est largement hypothétique, la Turquie n'apportant aucune preuve d'attaques prévues vers son territoire. Ensuite, les critères de l'imputabilité de l'agression puis de la nécessité et de la proportionnalité de la réponse sont inutiles puisqu'il n'y a pas de première agression permettant de les apprécier.

La Turquie invoque ensuite l'*Accord d'Adana* signé avec la Syrie le 20 octobre 1998 (*http://www.syriatruth.info/Portals/0/adana_syrian_turkish_agreement_full_english_version_1.pdf*) qui l'autoriserait à aller débusquer toute émanation terroriste sur le territoire syrien. Il est vrai que l'accord impose de nombreuses obligations à la Syrie en matière de lutte contre le terrorisme, avec des dispositions assez précises concernant le PKK dans l'annexe 2. L'invocation faite par la Turquie de l'accord fait *a priori* référence à l'annexe 4 qui autorise une incursion turque sur le territoire syrien afin de prendre toutes les mesures sécuritaires nécessaires.

La déclaration turque omet toutefois deux points. Premièrement l'accord permet une avancée de 5 kilomètres sur le territoire syrien, or dès le 9 octobre l'incursion des forces turques était déjà de 30 kilomètres sur tout la longueur de la frontière. Deuxièmement, la rédaction de l'annexe precise : « *The Syrian side understands that its failure to take the necessary measures and security duties, stated in this agreement, gives Turkey the right to take all necessary security measures within 5 km deep into Syrian territory* ». Cette rédaction ne semble permettre une incursion turque que dans l'unique cas où la Syrie aurait failli à prendre les mesures nécessaires en matière de sécurité. Comment une telle condition peut-elle être appréciée ? Se rapproche-t-elle de l'obligation de ne pas laisser son territoire être utilisé de manière préjudiciable pour un autre Etat issue de la *due diligence* ?

Il est vrai que cette condition pouvait être considérée comme remplie : depuis 2012 le PYD avait un contrôle exclusif sur le Nord-Est de la Syrie. La Turquie peut avancer que la présence américaine la protégeait de toute attaque kurde franchissant sa frontière, le retrait des Etats-Unis vient changer la donne. Toutefois, la volonté américaine de retrait, annoncée depuis décembre 2018, avait poussé le PYD à entrer en négociation avec Damas. Le gouvernement souhaitait un redéploiement de ses troupes dans tout le nord du pays et la reprise du contrôle des frontières. La Turquie n'a donc pas laissé à l'Etat syrien l'opportunité de reprendre le contrôle de la frontière avant d'attaquer. Par ailleurs, les kurdes ayant fait appel aux forces de Bachar al-Assad, les forces syriennes et les forces turques se sont retrouvées face à face dans le nord du pays, les seconds s'opposant à la reprise en main de la région par les premiers. La Turquie ne peut se prévaloir d'un accord qui lui octroie des droits exceptionnels en cas de carence de la Syrie et ne pas laisser au gouvernement syrien la latitude pour pallier par lui-même cette carence. Ainsi Ankara qui se prévaut de l'Accord d'Adana n'en respecte pas les conditions et l'esprit.

En définitive les justifications avancées par la Turquie n'excluent aucunement l'illicéité de son action armée sur le territoire syrien. La mise en place de la « zone de sécurité » par les forces turques constitue une violation de l'intégrité territoriale de la Syrie et semble difficilement contribuer à rétablir la paix dans la région.

C.-E .P.

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

CHRONIQUE DE JURISPRUDENCE INTERNATIONALE

Sous la direction de

Niki ALOUPI et Pierre-François LAVAL

avec les notes de

**Hadi AZARI, Aude BREJON, Julien CAZALA,
Rémi CÈBE, Claire CREPET DAIGREMONT,
Julie FERRERO, Pierre-François LAVAL,
Julie TAVERNIER, Rémy PROUVÈZE**

SOMMAIRE

I. CONTENTIEUX INTERÉTATIQUE

A. CONTENTIEUX DE L'URGENCE

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE
Ordonnance du 23 janvier 2020, *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Gambie c. Myanmar)* .. 149

EXCEPTIONS PRÉLIMINAIRES
Arrêt du 8 novembre 2019, *Application de la Convention internationale pour la répres-sion du financement du terrorisme et de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination (Ukraine c. Fédération de Russie*)..... 155

B. DROIT DE L'OMC

ORGANE DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS DE L'ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE
Décision de l'Arbitre du 2 octobre 2019, *Communautés européennes et certains Etats Membres – Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs*. Recours de l'Union européenne à l'article 22:6 du Mémorandum d'accord (DS 316) 161

II. CONTENTIEUX TRANSÉTATIQUE

A. DROITS DE L'HOMME

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME
Arrêt du 1er octobre 2019, *Savran c. Danemark*, req. n° 57467/15 166
Arrêt du 8 octobre 2019, *Szurovecz c. Hongrie*, req. n° 15428/16 168

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

Arrêt du 17 octobre 2019 (Grande Chambre), *Lopez Ribalda et al. c. Espagne*, req. n[os] 1874/13 et 8567/13 169

Arrêt du 19 novembre 2019, *T.K. et S.R. c. Russie*, req. n[os] 28492/15 et 49975/15 ... 170

Arrêts du 21 novembre 2019 (Grande Chambre), *Z.A. et al. c. Russie*, req. n[os] 61411/15, 61420/15, 61427/15 et 3028/16 et *Ilias et Ahmed c. Hongrie*, req. n° 47287/15 171

B. DROIT DES INVESTISSEMENTS

TRIBUNAL ARBITRAL CIRDI
Sentence du 24 octobre 2019, CMC Muratori Cementisti CMC di Ravenna SOC. Coop. et autres c. Mozambique (ARB/17/23) 175

TRIBUNAL ARBITRAL CIRDI (MÉCANISME SUPPLÉMENTAIRE)
Sentence du 28 octobre 2019, *Oded Besserglik c. Mozambique* (ARB(AF)/14/2)..... 177

TRIBUNAL ARBITRAL CIRDI
Sentence du 13 novembre 2019, Magyar Farming Company Ltdn Kintyre Kft and Inicia Zrt c. Hongrie (ARB/17/27) 179

TRIBUNAL ARBITRAL CENTRE D'ARBITRAGE INTERNATIONAL DE HONG KONG
Sentence finale du 24 septembre 2019, *Jin Hae Seo c. République de Corée* (HKIAC n° 18117)..... 180

III. CONTENTIEUX NON-ÉTATIQUE

A. DROIT PÉNAL INTERNATIONAL

COUR PÉNALE INTERNATIONALE
Sentencing Judgement du 7 novembre 2019, Trial Chamber VI, *Situation in the Democratic Republic of the Congo in the case of the Prosecutor v. Bosco Ntaganda* (ICC-01/04-02/06)..... 182

Décision du 14 novembre 2019, Chambre préliminaire III, *Situation in the Republic of Myanmar, Decision pursuant to article 15 of the Rome on the autorisation of an investigation into the situation in the people's republic of Bangladesh/Republic of the Union of Myanmar* (ICC-01/19) 183

CHAMBRES EXTRAORDINAIRES AU SEIN DES TRIBUNAUX CAMBODGIENS
Décision de la Chambre préliminaire des CETC dans le dossier 004/02 du 19 décembre 2019, *Considérations relatives aux appels interjetés contre les Ordonnances de clôture* (document D359/24)..... 187

B. DROIT INTERNATIONAL DE LA FONCTION PUBLIQUE

TRIBUNAL D'APPEL DES NATIONS UNIES & TRIBUNAL ADMINISTRATIF DE L'OIT
Jugements n° 2018-UNAT-840 et 841 du TANU et Jugement n° 4195 du TAOIT 190

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

I. CONTENTIEUX INTERÉTATIQUE

A. Contentieux de l'urgence

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

Ordonnance du 23 janvier 2020, *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Gambie c. Myanmar)*

Mesures conservatoires – Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide – existence du différend – intérêt à agir

Le contentieux porté à la connaissance de la Cour mondiale ne cesse, depuis plusieurs mois, de susciter une certaine forme d'incrédulité. Non nécessairement en raison des solutions juridiques que la haute juridiction aurait pu retenir à tel ou tel propos, mais plutôt de ce que beaucoup de litiges actuellement pendants devant la Cour trouvent leurs racines dans des crises ou conflits internationaux qui comptent parmi les plus emblématiques de notre temps : Arabie Saoudite contre Qatar, Iran ou Palestine contre Etats-Unis d'Amérique, Ukraine contre Russie… La requête déposée par la Gambie contre le Myanmar au sujet des persécutions subies par les Rohingya est récemment venue s'ajouter à cette impressionnante liste. Le tout semble ainsi reléguer à d'autres temps les discussions autour d'une hypothétique crise existentielle de la Cour, dans un contexte de prolifération de nouveaux mécanismes de règlement judiciaire des différends. D'autres avaient toutefois anticipé le fait qu'une telle concurrence puisse « mettre [la Cour] à même de se focaliser sur les différends d'importance politique majeure » (M. BEDJAOUI, « Heurs et malheurs de la compétence de la Cour internationale de Justice », Déclaration à la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations unies, séance du 16 octobre 1995, doc. A/C.6/50/SR.14, et *in Jugoslovenska revija za medunarodno pravo* (*Revue yougoslave de droit international*), Belgrade, n°1-2, 1996, p. 73-85). Ce scénario s'est bel et bien réalisé, et il vient tout autant consacrer l'intuition qu'exprimait Lauterpacht, dans son célèbre ouvrage *The Function of Law in the International Community* paru en 1933, lorsqu'il contestait la pertinence de la maxime *de maximis non curat praetor* et, avec elle, l'idée que les différends d'importance, notamment ceux disposant d'une forte résonnance politique et mettant en cause les « intérêts vitaux » des Etats ne sauraient être soumis à un aléa judiciaire et devraient ainsi, par conséquent, échapper à la justice internationale (*ibid.*, pp. 166 et ss.). Du reste, cette tendance n'est pas nouvelle. L'affaire du *Nicaragua* en 1986, ou celle encore du *Mur* en 2004, offraient déjà des illustrations saisissantes d'affaires politiquement sensibles confiées aux bons soins de la Cour (voir à ce sujet, et en ce sens, R. Kolb, « La politique juridique des Etats face à la Cour internationale de Justice. Quelques réflexions générales », *in* F. Couveinhes-Matsumoto, R. Nollez-Goldbach (dir.), *Les Etats face aux juridictions internationales. Une analyse des politiques étatiques relatives aux juges internationaux*, Paris, Pedone, 2019, pp. 73-84, spéc. pp. 78-79). L'affaire Gambie/Birmanie relève assurément de cette catégorie puisque mettant en cause le « crime des crimes », pour reprendre l'expression de Philippe Sands (*Retour à Lemberg*, éd. Albin Michel, 2017, p. 445) et l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide. Le cas birman conduit également à croiser l'analyse de la plus ou moins forte dimension politique du différend avec celle du type d'intérêts défendus par les Etats, et la possibilité de

© Editions A. Pedone

distinguer suivant que le demandeur se présente à la Cour en tant qu'Etat lésé ou, comme tel est le cas ici, en défense d'intérêts juridiquement protégés par des obligations internationales invocables *erga omnes*. L'initiative gambienne n'est bien sûr pas une première du genre (voir notamment, comme invoquée par la Gambie au soutien de sa qualité pour agir devant la Cour, l'affaire *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader*, *Belgique c. Sénégal*, arrêt du 20 juillet 2012), mais se présente de façon inédite au titre de la Convention de 1948.

La question avait précisément pu se poser de savoir quel Etat serait susceptible de prendre une telle initiative et de porter la cause Rohingya en haut lieu (voir notamment, à ce sujet, M. A. Becker, « The situation of the Rohingya: Is there a role for the International Court of Justice ? », *EJIL Talk !*, 14 novembre 2018, consulté sur le site ejiltalk.org). C'est donc la Gambie qui aura fini par assumer ce rôle et l'on ne saurait, à cet égard, ignorer l'influence de son actuel Ministre de la Justice, et agent devant la Cour, M. Abubacarr Marie Tambadou, qui avait notamment assisté le Procureur Jallow au Tribunal pénal international pour le Rwanda entre 2012 et 2016. En plus d'une telle expertise, la requête gambienne bénéficiait du soutien de l'Organisation de la coopération islamique. Cet élément de contexte ressort d'ailleurs de l'ordonnance du 23 janvier dernier, les autorités birmanes ayant, à ce même sujet, cru déceler une stratégie procédurale en rupture avec l'article 34 du Statut de la Cour qui ne reconnaît aucun *locus standi* aux organisations internationales en matière de procédure contentieuse. Ainsi saisie d'une demande en indication de mesures conservatoires visant à obtenir du Myanmar toute une série de garanties concernant le sort actuellement réservé au groupe Rohingya – notamment « prendre toutes les mesures (…) afin de prévenir tout acte constituant un crime de génocide ou y contribuant », « veiller à ce qu'aucune des unités militaires, paramilitaires ou unités armées irrégulières (…) ne participe à une entente en vue de commettre le génocide (…) », « s'abstenir de détruire ou rendre inaccessible tout élément de preuve se rapportant aux faits décrits dans la requête » (§ 5 de l'ordonnance) –, la haute juridiction relève que l'instance a bien été introduite par la Gambie, et en son nom propre. Quant au fait d'« avoir cherché et obtenu le soutien d'autres Etats ou d'organisations internationales en se préparant à [la] saisir », il n'est pas envisagé comme une circonstance susceptible de disqualifier ladite saisine (§ 25).

Si l'identité du demandeur avait ainsi pu donner lieu à diverses conjectures, l'invocation de la Convention de 1948 en tant que base de compétence de la Cour semblait, quant à elle, s'imposer avec une certaine évidence, au moins pour trois séries de raisons : *d'abord* parce que ladite convention est une figure presque désormais familière de la jurisprudence de la Cour mondiale, ayant déjà été utilisée au soutien des requêtes bosnienne et croate contre la Fédération de Serbie (CIJ, *Application de la convention pour la prévention et la répression du Crime de génocide, Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro*, arrêts du 11 juillet 1996 et du 26 février 2007 ; *Croatie c. Serbie*, arrêts du 18 novembre 2008 et du 3 février 2015). L'interprétation des conditions posées par la clause juridictionnelle consignée à l'article IX en est, aujourd'hui, d'autant plus prévisible, même si d'aucuns pourront sans doute regretter une nouvelle utilisation politique du prétoire de la Cour, qui aurait alors moins pour but de parvenir au règlement effectif d'un litige que de plaider une cause militante (au sujet d'un tel dévoiement de la fonction judiciaire de la Cour, voir L. Caflisch, « Cent ans de règlement pacifique des différends interétatiques », *RCADI*, 2001, vol. 288, pp. 245-467,

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

spéc. p. 441). *Ensuite*, et surtout, parce que le Myanmar est lui-même partie à la Convention de 1948, quoiqu'il soit le seul Etat au monde à avoir émis une réserve à l'application de l'article VIII de la Convention qui ouvre la faculté à « [t]oute Partie contractante [de] saisir les organes compétents des Nations Unies afin que ceux-ci prennent, conformément à la Charte des Nations Unies, les mesures qu'ils jugent appropriées pour la prévention et la répression des actes de génocide (…) ». Fort logiquement, du reste, le Myanmar a tenté de maquiller cette réserve en un motif d'incompétence de la Cour (§§ 32-36), estimant que cette dernière pouvait elle-même être qualifiée d'« organe compétent de l'Organisation », et affirmant que la disposition de l'article VIII était la seule susceptible de fonder la réclamation d'un Etat qui, à l'image de la Gambie, ne serait pas spécialement affecté par les violations de la Convention qu'il entend dénoncer. L'ordonnance du 23 janvier 2020 fait toutefois, sans ambages, le départ entre l'objet de l'article VIII qui concerne la sollicitation de « mesures appropriées », et celui de l'article IX qui, seul, régit la soumission de « différends » entre parties contractantes à la Convention aux fins de leur règlement judiciaire (§ 35). Par ailleurs, et un peu curieusement, ce qui, au moment de la conclusion de la Convention, avait visiblement conduit la Birmanie à limiter l'action des Etats parties dans le champ de l'article VIII ne s'était accompagné d'aucune autre précaution du genre concernant la clause juridictionnelle de l'article IX. *Enfin*, la requête introductive d'instance s'appuie à de très nombreuses reprises sur les constats opérés dans le cadre d'enquêtes diligentées sous les auspices des Nations Unies, notamment celles de la mission internationale indépendante d'établissement des faits sur le Myanmar mise en place par le Conseil des droits de l'homme de l'ONU, en mars 2017, dans le contexte d'une recrudescence des violences subies par les Rohingya (requête du 11 novembre 2019, §§ 10 et ss.). Or, tel que le relève la Cour, dans l'ordonnance, au sujet de la plausibilité des droits que la Gambie souhaite voir protégés, les travaux de ladite mission l'ont conduite à avancer « des motifs raisonnables de conclure que des crimes graves de droit international [avaient] été commis, y compris le crime de génocide, contre les Rohingya au Myanmar » (rapport du 12 septembre 2018, A/HCR/39/64, cité au § 55 de l'ordonnance) ; que, par ailleurs, les attaques perpétrées avaient consisté en « la violation systématique des droits de l'homme, récits et propos déshumanisants, planification méthodique, massacres, déplacements massifs, campagne de terreur, violence extrême (…), destruction physique du lieu de vie de la population visée » (rapport du 17 septembre 2018 portant constatations détaillées de la mission internationale indépendante d'établissement des faits sur le Myanmar, A/HCR/39/CRP.2), les assaillants ayant de surcroît semblé agir en « suivant scrupuleusement une liste préétablie » (*ibid.*). L'établissement de ces faits, et de l'intention qu'ils recèlent, constituera l'une des principales difficultés de l'examen au fond de l'affaire, d'autant que les investigations menées dans le cadre de Cour pénale internationale ne portent pas, pour l'heure tout du moins, sur les mêmes incriminations et seront vraisemblablement moins utiles au travail de qualification juridique des faits, que n'avait pu l'être la jurisprudence du tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie dans le cadre des affaires bosnienne et croate (voir notamment en ce sens, M. Milanovic, « ICJ Indicates Provisional Measures in the Myanmar Genocide Case », *EJIL Talk !*, 23 janvier 2020, § 5, consulté sur le site ejiltalk.org). Par ailleurs, si les constatations de la mission onusienne seront immanquablement mobilisées au stade du fond, rien ne permet d'affirmer qu'elles satisferont le « degré élevé de certitude » exigé de la Cour (CIJ, *Application de la convention pour la prévention et la répression du Crime de génocide, Bosnie-Herzégovine*

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

c. Serbie-et-Monténégro, arrêt précité du 26 février 2007, § 210). En tout état de cause, l'ordonnance n'éclaire nullement ces questions puisque, comme il y est précisément rappelé, rien n'impose de les traiter aux fins d'indiquer des mesures conservatoires, c'est-à-dire à un stade où il s'agit uniquement de déterminer si les faits litigieux sont susceptibles de relever des prévisions de la Convention sur le génocide (§ 30).

Du point de vue du droit du contentieux international, l'aspect le plus subtil de l'ordonnance qui, au demeurant, déroule la méthodologie habituellement utilisée aux fins de déterminer l'opportunité des mesures conservatoires (voir, à ce sujet, nos obs. sous CIJ, ordonnance en indication de mesures conservatoires du 7 décembre 2016, *Immunités et procédures pénales (Guinée équatoriale c. France*, *Revue*, 2017-1, pp. 171-175), tient certainement aux développements consacrés à la condition d'existence d'un différend relatif à l'interprétation, à l'application ou à l'exécution de la Convention (§§ 20-31). La nature des (maigres) échanges qu'avaient pu entretenir les parties litigantes avant l'introduction de l'instance, n'est pas sans rappeler le précédent des Iles Marshall (voir à ce sujet N. Haupais, Cour internationale de Justice. Arrêts du 5 octobre 2016 (exceptions préliminaires). Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire, *Revue*, 2017-1, pp. 55-67) auquel la Cour fait d'ailleurs mention aux paragraphes 26 et 28 de l'ordonnance, dans un légitime souci de cohérence. Les deux affaires ont, il est vrai, pour trait commun d'avoir trouvé leurs premiers développements dans des débats et échanges tenus au sein d'enceintes multilatérales. Comme elle le rappelle à ce même propos, la Cour est pleinement disposée à en tenir compte, comme plus généralement de toutes « déclarations ou documents échangés entre les Parties », en vue d'établir si le seuil de conflictualité nécessaire à la caractérisation d'un litige a été franchi (§ 26). Qu'il ait été, ou non, précédé d'échanges diplomatiques, le différend supposera toujours, en effet, « un désaccord sur un point de droit ou de fait, un conflit, une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts », suivant le célèbre *dictum* de la Cour permanente dans l'affaire *Mavrommatis* (voir pour une confirmation plus récente, CIJ, *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigeria*, *Cameroun c. Nigeria,* arrêt sur les exceptions préliminaires du 11 juin 1998, § 89). Repris et développés depuis près d'une centaine d'années, les principes guidant l'examen d'une telle condition, tantôt d'ailleurs associée à une question de compétence, tantôt à un problème de recevabilité, font clairement apparaître que « l'absence de réaction d'un Etat à une accusation dans des circonstances où une telle réaction s'imposait » ne fait nullement obstacle à la caractérisation d'un litige (CIJ, *Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, *Géorgie c. Fédération de Russie*, arrêt sur les exceptions préliminaires du 1er avril 2011, § 84), pourvu toutefois qu'il soit démontré « sur la base d[']éléments de preuve, que le défendeur avait connaissance, ou ne pouvait pas ne pas avoir connaissance, de ce que ses vues se heurtaient à l''opposition manifeste' du demandeur » (arrêt précité, §§ 61, 87 ; voir également *Violations alléguées de droits souverains et d'espaces maritimes dans la mer des Caraïbes, Nicaragua c. Colombie*, arrêt sur les exceptions préliminaires du 17 mars 2016, § 73). Ce dernier élément était précisément celui sur lequel avait achoppé l'argumentaire des Iles Marshall dans l'affaire précédemment mentionnée. En l'absence d'un quelconque échange diplomatique bilatéral entre les parties concernées, la Cour avait été contrainte de limiter son analyse à diverses déclarations prononcées lors de conférences internationales. Ne trouvant aucune allégation faisant clairement état d'un manquement du Royaume-Uni, partie

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

défenderesse à l'instance, à ses obligations en matière de désarmement nucléaire, et notamment aucune déclaration ne visant spécifiquement son comportement parmi l'ensemble de ceux des Etats dotés de l'arme nucléaire, elle avait conclu que les autorités britanniques n'avaient pu, en tout état de cause, en avoir eu connaissance avant le dépôt de la requête (§ 52). Sur la base des mêmes critères d'appréciation, l'ordonnance du 23 janvier dernier aboutit à une conclusion opposée. Deux séries d'éléments semblent ici avoir joué une influence décisive, quoique la Cour se garde d'en préciser la portée respective. Tout d'abord, contrairement au cas précédemment évoqué, les déclarations faites par la Gambie et le Myanmar au plan multilatéral, et notamment devant l'Assemblée générale des Nations unies, permettent de révéler l'existence d'une « divergence de vues » au sujet des faits survenus dans l'Etat rakhine et mettant en cause les Rohingya (§ 27). La Cour relève ici la volonté publiquement assumée des autorités gambiennes, notamment lors du débat général de la soixante-quatorzième session de l'Assemblée, de « jouer un rôle de chef de file dans le cadre d'efforts concertés visant à porter la question des Rohingya devant la Cour internationale de Justice » (*Documents officiels de l'Assemblée générale*, doc. A/74/PV.8, 26 septembre 2019, p. 34). Pareille intention avait déjà été constatée par la mission d'établissement des faits sur le Myanmar, dont le rapport louait les efforts notamment déployés par la Gambie en vue d'engager une procédure internationale. Quant à l'Etat défendeur, il avait lui-même vivement contesté la véracité des faits rapportés. On relèvera d'ailleurs, à ce même propos, que la Cour pénale internationale a pu elle-même s'appuyer sur la même attitude de déni des autorités birmanes pour caractériser l'existence d'un différend, au sens de l'article 119 (1) du Statut de Rome, non d'ailleurs sans citer la jurisprudence idoine de la Cour mondiale (CPI, Chambre préliminaire I, *Decision on the « Prosecution's Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute »*, 6 septembre 2018, ICC-RoC46(3)-01/18, § 28). Cette dernière n'y fait toutefois nullement mention dans l'ordonnance commentée (voir du reste, pour une critique de l'application par analogie des solutions issues de la pratique interétatique aux procédures engagées devant la Cour pénale internationale, l'opinion partiellement dissidente du juge Marc Perrin de Brichambaut jointe à la décision précitée de la CPI du 6 septembre 2018, spéc. §§ 14-17). Il est, en revanche, intéressant de relever que la Cour n'évoque, à ce stade, qu'une « divergence de vues ». Dans le procès international, les divergences semblent caractériser un état de fait nécessairement antérieur à l'éclatement d'un conflit. L'apparition de divergences de vues ou d'opinions entre les parties serait rétrospectivement considérée comme le signe annonciateur du litige. L'écart de temps séparant l'apparition des premières divergences de la constitution du différend peut toutefois s'avérer des plus réduits. C'est d'ailleurs uniquement dans la mesure où elles y ont été véritablement contraintes, le plus souvent parce que l'engagement juridictionnel y faisait référence et donnait pertinence à leur date de survenance, que les juridictions internationales ont dû faire le départ entre différend et divergences. Dans le contentieux arbitral de l'investissement, il a ainsi pu être affirmé qu'une divergence de vues se différenciait d'un authentique litige en tant qu'elle n'impliquerait pas le même « degré d'animosité » : « [e]n fait, en cas de divergence, les parties ont des points de vue différents mais sans nécessairement donner suite d'une manière active à cette différence. Par contre, en cas de différend, la différence de points de vue fait l'objet d'un échange actif entre les parties, dans des conditions qui indiquent que celles-ci souhaitent résoudre cette différence, que ce soit auprès d'une tierce partie ou d'une autre manière. Par

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

conséquent, des points de vue différents des parties à l'égard de certains faits et situations deviennent une 'divergence' lorsqu'elles sont mutuellement conscientes de leur désaccord. Cela se cristallise en 'différend' dès que l'une des parties décide de chercher une résolution, que ce soit ou non auprès d'une tierce partie » (T. CIRDI, 17 octobre 2006, *Helnan International Hotels A/S c. République arabe d'Egypte* (ARB/05/19), traduit de l'anglais par le juge de Witt Wijnen dans son opinion dissidente annexée à la sentence arbitrale *African Holding Company of America, Inc. et Société africaine de construction au Congo S.A.R.L. c. République démocratique du Congo*, 23 juillet 2008 (ARB/05/21), § 35).

La première série d'éléments relevés par la Cour dans l'ordonnance commentée laisse ainsi apparaître un litige en formation, qui ne s'est sans doute pas encore cristallisé. C'est ainsi, on le comprend, en considération de l'autre élément mentionné par la Cour, à savoir la note verbale de novembre 2019 par laquelle la Gambie estimait que « le Myanmar persist[ait] à manquer à [ses] obligations au regard de la convention [sur le génocide] et du droit international coutumier » et lui « demand[ait] instamment (…) de prendre toutes les mesures nécessaires pour se conformer à ces obligations », que la Cour semble véritablement déduire l'existence d'un litige à la date de sa saisine (§ 28). La note verbale présente, sans ambiguïté aucune, la prétention gambienne et les éléments factuels – tels qu'établis par la mission – sur lesquels elle repose. Le fait qu'elle n'ait pas suscité la moindre réaction du Myanmar ne saurait par ailleurs dissimuler la réalité du conflit. Tout à l'inverse, la Cour relève, « au vu de la gravité des allégations » ici formulées que « l'absence de réponse du défendeur peut être une indication supplémentaire de l'existence d'un différend entre les Parties ». Le fait d'accorder une attention particulière à la teneur des allégations, en l'occurrence à leur gravité, peut surprendre. C'est que le silence gardé face à une prétention a été très généralement interprété comme valant rejet de celle-ci (voir en ce sens, C. Santulli, *Droit du contentieux international*, Paris, Montchrestien, 2ème éd., 2015, p. 226). La Cour semble toutefois s'en expliquer en rappelant une ligne jurisprudentielle tout aussi constante, selon laquelle un différend peut naître de « l'absence de réaction d'un Etat à une accusation dans des circonstances où une telle réaction s'imposait » (§ 28 ; voir, déjà en ce sens, *Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire*, arrêt précité, § 37). Cette solution ne revient naturellement pas à remettre en cause la nécessité d'une contestation, fût-elle implicite. La Cour n'a, il est vrai, jamais admis la thèse défendue par le juge Morelli dans l'affaire *Cameroun septentrional*, selon laquelle la condition d'existence du litige trouverait à être satisfaite tout aussi bien dans l'hypothèse d'un différend formalisé par une prétention et une contestation, que dans celle d'une simple protestation élevée contre une conduite prétendument illicite (CIJ, *Cameroun septentrional*, *Cameroun c. Royaume-Uni*, opinion individuelle jointe à l'arrêt du 2 décembre 1963, § 4). Jamais la Cour n'a, en d'autres termes, accepté de présumer l'existence d'un contentieux entre Etats sur la base d'une contestation purement unilatérale. A bien y regarder, elle aurait même progressivement imposé un plus grand degré de formalisme et, quoiqu'elle s'en défende, opéré un véritable revirement en exigeant que la rencontre de la prétention et de son rejet précède l'introduction de la requête. Cette solution est aujourd'hui présentée comme d'application constante (*Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire*, arrêt précité, § 42), mais l'on rappellera que la Cour, ainsi que sa devancière, avaient déjà pu s'appuyer sur l'introduction même de

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

l'instance par le gouvernement demandeur, les demandes présentées par lui à titre principal et les défenses opposées par le défendeur pour caractériser l'existence du litige (CPJI, *Pajzs, Csáky, Esterházy*, *Hongrie c. Yougoslavie*, arrêt du 16 décembre 1936, *Rec. CPJI* Série A/B, n° 68, pp. 30-66, spéc. p 61 ; voir également CIJ, *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie, arrêt précité du 11 juillet 1996, §§ 28-29, et pour une relecture de ce précédent refusant de lui accorder une telle portée, voir *Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire*, arrêt précité, § 54). Que retenir d'autre de l'ordonnance commentée ? Qu'à l'unanimité, la Cour a accédé aux différentes demandes gambiennes en jugeant réunies les différentes conditions d'octroi des mesures conservatoires. Qu'elle a également, ce faisant, et la chose est bien plus inhabituelle, accepté de faire droit à la demande gambienne visant à obtenir du Myanmar un rapport sur l'exécution des différentes mesures prescrites, d'abord dans un délai de quatre mois à compter de l'ordonnance, puis tous les six mois jusqu'à reddition de la décision définitive. Le haut degré de gravité des allégations portées contre l'Etat défendeur aura donc exercé une réelle influence sur cette phase « pré-préliminaire » de l'affaire.

PIERRE-FRANÇOIS LAVAL

EXCEPTIONS PRÉLIMINAIRES

Arrêt du 8 novembre 2019, *Application de la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme et de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination (Ukraine c. Fédération de Russie)*.

Exceptions préliminaires – clause compromissoire – compétence *ratione materiae* – préalable juridictionnel – épuisement des voies de recours internes

Suite aux événements survenus en Ukraine orientale et en Crimée à partir du printemps 2014, le Gouvernement de l'Ukraine a déposé en date du 16 janvier 2017, au Greffe de la Cour, une requête introductive d'instance contre la Fédération de Russie concernant de prétendues violations par celle-ci de ses obligations au titre de la Convention internationale du 9 décembre 1999 pour la répression du financement du terrorisme (ci-après la « CIRFT ») et de la Convention internationale du 21 décembre 1965 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (ci-après la « CIEDR »). L'affaire a déjà fait l'objet d'une décision de la Cour portant sur l'indication des mesures conservatoires le 19 avril 2017, par laquelle la Cour a imposé à la Russie quelques obligations provisoires au titre de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (voir CIJ, ordonnance en indication de mesures conservatoires du 19 avril 2017, *Application de la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme et de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination (Ukraine c. Fédération de Russie)*, cette Chronique, *Revue*, 2017-3, pp. 916-919, obs. P-F. Laval). Au reste, l'Ukraine a déjà pu se plaindre du non-respect par la Russie des mesures indiquées dans ladite ordonnance. Si le caractère obligatoire de celle-ci ne fait pas de doute, l'interrogation demeure sur la procédure à suivre s'agissant de son inobservation par les parties au litige. L'arrêt commenté nous fournit quelques éléments de réponse. En effet, on comprend, à la lecture de l'arrêt du 8 novembre dernier, que la Cour avait demandé aux parties de lui adresser les renseignements dont elles pourraient disposer

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

au sujet des mesures prises aux fins d'assurer la mise en œuvre de l'ordonnance. Ces renseignements ayant été communiqués à la Cour, chaque partie était invitée à faire connaître ses observations sur ceux reçus de l'autre. La Cour, après avoir examiné et dûment pris note des diverses communications mises à sa disposition, a informé les parties que, si l'affaire devait se poursuivre jusqu'à la phase de l'examen au fond, elles auraient la possibilité de soulever toute question présentant pour elles un intérêt en rapport avec les mesures conservatoires indiquées par la Cour (§ 11). Autrement dit, contrairement à celle prévue à l'article 94 de la Charte de l'ONU pour le non-respect de l'arrêt rendu par la Cour, la seule sanction possible s'agissant du non-respect de l'ordonnance en indication des mesures conservatoires est de demander à la Cour la condamnation de l'Etat à qui elle impose des obligations au stade du fond de l'affaire.

Quoique de portée limitée (les événements survenus en Ukraine orientale sur la base de la CIRFT, et la situation en Crimée sur la CIEDR), la procédure introduite par l'Ukraine contre la Russie devant la CIJ a ceci d'intéressant qu'elle réunit en une affaire unique deux différends pourtant distincts. Invoquant le premier paragraphe de l'article 36 du Statut de la Cour, l'Ukraine entendait fonder la compétence de la Cour sur le premier paragraphe de l'article 24 de la CIRFT et sur l'article 22 de la CIEDR. Les faits qu'elle avance à l'appui de ses demandes diffèrent les uns des autres, tant substantiellement que géographiquement. C'est la raison pour laquelle la Cour est amenée à examiner séparément les exceptions préliminaires d'incompétence de la Cour soulevées par la Russie. L'approche est connue : « pour déterminer si elle a compétence *ratione materiae* au titre d'une clause compromissoire visant les différends concernant l'interprétation ou l'application d'un traité, il lui faut rechercher si les actes dont le demandeur tire grief « entrent dans les prévisions » du traité contenant la clause » (§ 57). Appelé *Oil-plateform test*, ce critère, bien que formulé différemment dans d'autres arrêts de la Cour (voir précisément au sujet des « *inconsistencies in the criteria that the Court applies to decide on an objection to its jurisdiction* ratione materiae », la déclaration de la juge Donhgue jointe à l'arrêt, § 69) a le mérite de proposer une vérification harmonisée et cohérente des contestations de la compétence *ratione materiae* fondée sur une clause juridictionnelle insérée dans un traité ou une convention internationale. En tout cas, l'examen de l'exception d'incompétence *ratione materiae* suppose la détermination de l'objet du différend. Les parties exprimant des vues divergentes quant à l'objet du différend qui les opposent, la Cour rappelle, suivant une ligne jurisprudentielle solide et constante, qu'il lui appartient « d'établir objectivement ce sur quoi porte le différend entre les parties en circonscrivant le véritable problème en cause et en précisant l'objet de la demande (§ 24). Il va sans dire que pour ce faire, elle tiendra compte de la requête, des exposés écrits et oraux des parties, et consacrera une attention particulière à la formulation du différend utilisée par le demandeur. Elle tient également à préciser, conformément à une pratique bien établie, que « [l]e fait qu'un différend dont est saisie la Cour ne représente qu'un élément d'une situation complexe dans laquelle les Etats concernés ont des vues opposées sur diverses questions, si importantes soient-elles, ne saurait conduire la Cour à refuser de résoudre ledit différend, dans la mesure où les parties ont reconnu sa compétence pour ce faire et que les conditions de son exercice sont par ailleurs réunies » (§ 28). La juge Xue, tout en souscrivant à cette déclaration de principe, y ajoute une précision pour le moins intéressante. Elle croit que dans l'application de cette règle jurisprudentielle, la Cour doit considérer « *the separability of the claim from the overall problem* [le conflit armé dans l'est de l'Ukraine dans le cas d'espèce] », condition qui n'était pas, à ses yeux, remplie dans cette affaire (opinion

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

dissidente jointe à l'arrêt, §§ 4-5). La majorité de la Cour voyait toutefois la chose autrement. L'arrêt du 8 novembre dispose ainsi que « l'objet du différend réside, en ce qui concerne son premier aspect, dans la question de savoir si la Fédération de Russie avait l'obligation, en application de la CIRFT, de prendre des mesures et de coopérer pour prévenir et réprimer le financement allégué du terrorisme dans le contexte des événements en Ukraine orientale, et si, le cas échéant, la Fédération de Russie avait manqué à une telle obligation. L'objet du différend réside, en ce qui concerne son second aspect, dans la question de savoir si la Fédération de Russie a manqué à ses obligations découlant de la CIEDR à raison de mesures discriminatoires qu'elle aurait prises à l'encontre des communautés ukrainienne et tatare de Crimée, comme le prétend l'Ukraine » (§ 32).

La première exception d'incompétence soulevée par l'Ukraine a posé également la délicate question de l'intimité de l'examen des conditions d'octroi des mesures conservatoires et de celles de la compétence de la Cour à l'égard du fond de l'affaire. En effet, il est vrai que l'ordonnance du 19 avril précitée avait annoncé que l'indication des mesures provisoires ne préjuge nullement ni du fond de l'affaire, ni de l'aptitude de la Cour à en connaitre. Il n'en demeure pas moins que dans certaines hypothèses la décision ou la déclaration de la Cour sur une condition d'indication des mesures provisoires (la compétence *prima facie*, par exemple) pourrait légitimement nourrir la spéculation sur sa future décision relative à la compétence de la Cour pour connaitre du fond de l'affaire. Est-ce aussi le cas de la plausibilité des droits invoqués ? C'est en tout cas l'argument avancé par la Fédération de Russie. Celle-ci rappelle que, dans l'ordonnance en indication de mesures conservatoires, la Cour a affirmé que les droits revendiqués par l'Ukraine sur le fondement de la CIRFT n'étaient pas plausibles. Dès lors « pour apprécier la plausibilité des thèses de l'Ukraine au stade actuel, la Cour doit s'appuyer sur son appréciation antérieure » (§ 41). La Cour ne retient pas cet argument, et on le comprend sans peine. Sa tâche étant d'examiner les points de droit et de fait ayant trait à l'exception d'incompétence soulevée, conformément à l'article 79 du Règlement du 14 avril 1978, tel qu'amendé le 1er février 2001, elle n'est pas tenue de se prononcer sur l'existence ou non des droits revendiqués par l'Ukraine, mais d'interpréter les dispositions qui définissent le champ d'application de la CIRFT conformément aux règles énoncées aux articles 31 à 33 de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969 –à laquelle l'Ukraine et la Fédération de Russie sont toutes deux parties depuis 1986 – afin de déterminer si lesdits actes «entrent dans les prévisions» de la CIRFT (§§ 57-58). La Cour en revient à l'argument de la Fédération de Russie selon lequel pour déterminer la portée de la CIRFT, il convient de définir les éléments moraux de l'infraction de financement du terrorisme qui figurent au paragraphe 1 de l'article 2 de la CIRFT. Elle le rejette aussitôt, car, dit-elle, « [l]'existence de l'intention ou de la connaissance requise soulève des questions complexes de droit et surtout de fait qui divisent les Parties et relèvent du fond ». Elle conclut que « l'exception soulevée par la Fédération de Russie quant à sa compétence *ratione materiae* au titre de la CIRFT ne peut être retenue » (§§ 63-64). Ceci dit, c'est moins dans la conclusion à laquelle la Cour parvient au terme de son analyse de l'article 2 de la CIRFT que dans l'interprétation qu'elle en donne que réside l'intérêt du développement consacré à cette analyse. En effet, la Haute juridiction déclare que « le financement étatique d'actes de terrorisme n'entre pas dans le champ d'application de la CIRFT ; partant, la commission par l'agent d'un Etat d'une infraction visée à l'article 2 n'engage pas par elle-même la responsabilité de l'Etat concerné au titre de la convention » (§ 61). Cette conclusion, aussi fondée soit-elle,

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

ne manque pas de surprendre, quoique s'agissant de la première partie, la Cour assure par un *obiter dictum* que « [l]a conclusion selon laquelle le financement par un Etat d'actes de terrorisme n'entre pas dans le champ d'application de la CIRFT ne signifie pas qu'il est licite en droit international ». La Cour rappelle que, par sa résolution 1373 (2001), le Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies, agissant en vertu du chapitre VII de la Charte, a décidé que tous les Etats devaient « s'abstenir d'apporter quelque forme d'appui que ce soit, actif ou passif, aux entités ou personnes impliquées dans des actes de terrorisme » (§ 60). Néanmoins, la seconde partie de la conclusion demeure controversée. En effet, on le sait, l'article 4 du projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite (2001) prévoit la responsabilité de l'Etat à raison du comportement de ses organes, y compris toute personne qui a ce statut d'après le droit interne de l'Etat. Il en va de même pour la personne ou entité qui n'est pas un organe de l'Etat au titre de l'article 4, mais qui est « habilitée par le droit de cet Etat à exercer des prérogatives de puissance publique » pour autant que cette personne ou entité « agisse en cette qualité » (article 5 du projet précité). Qu'ils agissent en excès de pouvoir ou en contrariété aux instructions données n'y changerait rien (article 7 du projet précité). En somme, le comportement de l'agent de l'Etat est considéré comme le fait de l'Etat en droit international (voir en ce sens, CEDH, *Jones et autres c. Royaume-Uni*, arrêt du 14 janvier 2014*,* §§ 202-204). Partant, il semble difficile de réconcilier cette règle avec la conclusion de la Cour selon laquelle la « commission par l'agent d'un Etat d'une infraction visée à l'article 2 n'engage pas, par elle-même, la responsabilité de l'Etat concerné » (§ 61) ? Il convient de préciser que l'infraction reprochée aux agents russes dans cette affaire était la fourniture du système de lancement de missiles utilisé pour abattre l'aéronef qui assurait le vol MH17, un exercice caractérisé de prérogatives de puissance publique.

Il restait à déterminer si les conditions procédurales préalables qui sont énoncées au premier paragraphe de l'article 24 de la CIRFT étaient remplies, à savoir si le différend entre les Parties n'avait pu être réglé par voie de négociation dans un délai raisonnable et, dans ce cas, si les Parties n'étaient pas parvenues à se mettre d'accord sur l'organisation d'un arbitrage dans les six mois suivant la date de la demande d'arbitrage. Si la Cour fait, ici, sienne l'argument de la Russie selon lequel elle ne peut être saisie que lorsqu'il a été véritablement tenté de suivre ces deux procédures (§ 69), elle considère toutefois que l'une et l'autre de ces conditions sont dûment remplies. S'agissant de la condition de négociation, la Cour rappelle, comme elle l'a fait dans l'affaire relative à l'*Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, que la négociation « doit concerner l'objet du différend, qui doit lui-même se rapporter aux obligations de fond prévues par l'instrument en question » (Géorgie c. Fédération de Russie, arrêt du 1er avril 2011 sur les exceptions préliminaires*,* § 161). Elle fait ensuite observer que les échanges de notes et les rencontres entre les Parties ou les négociations relatives aux griefs de l'Ukraine concernant la CIRFT tenaient une place importante. Compte tenu des faibles progrès enregistrés par les Parties lors de leurs négociations, le différend, conclut-elle, n'a pas pu être réglé par voie de négociation dans ce qui doit être considéré comme un délai raisonnable (§ 70). De même, quant à la condition de l'organisation d'un arbitrage, la Cour considère que les Parties ont cherché à négocier jusqu'au terme d'une période de six mois, sans toutefois parvenir à un accord dans le délai requis. Par conséquent, la seconde condition préalable énoncée au paragraphe 1 de l'article 24 de la CIRFT doit être tenue pour remplie. Et comme il a été satisfait aux conditions procédurales

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

préalables énoncées au paragraphe 1 de l'article 24 de la CIRFT, elle a donc compétence pour connaître des demandes présentées sur le fondement de cette disposition (§ 77).

La deuxième partie de l'arrêt du 8 novembre concerne l'examen des exceptions préliminaires soulevées par la Fédération de Russie à l'égard de la compétence de la Cour et de la recevabilité des demandes de l'Ukraine fondées sur la CIEDR. Le défendeur soutient dans un premier temps, à l'instar de ce qu'il a fait pour la demande fondée sur CIRFT, que la Cour n'a pas compétence *ratione materiae* au titre de cet instrument, et que les conditions procédurales préalables à sa saisine énoncées à l'article 22 ne sont pas remplies. Il n'est guère utile de développer les arguments de la Russie, si ce n'est l'un d'entre eux, qui a retenu l'attention de la Cour. En effet, pour la Russie, les mesures qualifiées de constitutives de discrimination raciale par l'Ukraine n'enfreignent pas la CIEDR puisqu'elles ne se fondent sur aucun des motifs énoncés au paragraphe 1 de l'article premier de cet instrument. La Cour ne le retient pas, sans d'ailleurs s'y attarder. Elle déclare qu'« [a]ux fins de déterminer si elle a compétence *ratione materiae* au titre de la CIEDR, la Cour n'a pas besoin de s'assurer que les mesures dont l'Ukraine tire grief constituent effectivement une 'discrimination raciale' au sens du paragraphe 1 de l'article premier de la CIEDR » (§ 94) ; elle doit seulement déterminer si les mesures dont l'Ukraine tire grief entrent dans les prévisions de la convention (§ 95). Tenant compte des droits et obligations formulés en termes généraux dans la convention, et de la liste non exhaustive de droits y figurant, la Cour conclut que les demandes formulées par l'Ukraine entrent dans les prévisions de cette convention (§§ 96-97).

Les deux parties s'opposaient également sur le caractère cumulatif ou alternatif des conditions préalables prévues à l'article 22 de la CIEDR. Cette disposition fait référence à deux conditions préalables, à savoir la négociation et la procédure sous les auspices du Comité de la CIEDR. La Cour précise qu'elle a compétence pour trancher un différend porté devant elle sur le fondement de cette convention dès lors que celui-ci n'a « pas été réglé par voie de négociation ou au moyen des procédures expressément prévues par ladite Convention » (voir, déjà en ce sens, *Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, arrêt précité, §§ 141, 147). La Cour entreprend l'interprétation de l'article 22 précité en se fondant sur les articles 31 à 33 de la convention de Vienne, et conclut qu'il subordonne sa compétence au respect de conditions préalables de caractère alternatif (voir, pour une lecture différente, l'opinion individuelle du juge Tomka, § 19). Le Comité de la CIEDR n'ayant pas été saisi du différend entre les Parties, la Cour recherche seulement si celles-ci ont tenté d'en négocier le règlement. Elle a déjà eu l'occasion d'examiner la notion de « négociation » au sens de l'article 22 de la CIEDR. Dans l'affaire relative à l'*Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, elle avait déclaré que « des négociations (…) se distinguent de simples protestations ou contestations. Les négociations ne se ramènent pas à une simple opposition entre les opinions ou intérêts juridiques des deux parties, ou à l'existence d'une série d'accusations et de réfutations, ni même à un échange de griefs et de contre-griefs diamétralement opposés. En cela, la notion de 'négociation' se distingue de celle de 'différend' et implique, à tout le moins, que l'une des parties tente vraiment d'ouvrir le débat avec l'autre partie en vue de régler le différend » (arrêt précité du 1er avril 2011, § 157). A cette même occasion,

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

elle a en outre précisée qu'« il n'[était] (…) pas nécessaire qu'un accord [ait été] effectivement conclu entre les parties au différend pour prouver qu'il y a[vait] eu tentative de négociation ou négociation » (*ibid.*, § 158), et que « pour que [puisse être] remplie la condition préalable de négociation prévue par [la] clause [compromissoire d'un traité], ladite négociation d[evait] porter sur l'objet de l'instrument qui la renferm[ait] » (*ibid.*, § 161). Elle a en outre jugé qu'il n'est « satisfait à la condition préalable de tenir des négociations que lorsque celles-ci ont échoué, sont devenues inutiles ou ont abouti à une impasse » (*ibid.*, § 159). Ainsi, appliquant ces règles au cas d'espèce, la Cour fait observer que les négociations entre les Parties ont duré environ deux ans et ont consisté à la fois en des échanges de correspondances diplomatiques et en des rencontres entre représentants, ce qui, à son sens, et malgré l'échec des Parties à parvenir à un règlement négocié, indique que l'Ukraine a véritablement tenté de négocier. Elle en déduit que les négociations entre les Parties étaient devenues inutiles ou avaient abouti à une impasse lorsque l'Ukraine a déposé sa requête sur le fondement de l'article 22 de la CIEDR, et que les conditions procédurales préalables auxquelles est subordonnée sa compétence au titre de l'article 22 de la CIEDR sont donc remplies dans les circonstances de l'espèce. La Cour a donc compétence pour connaître des demandes formulées par l'Ukraine sur le fondement de la CIEDR. (§§ 120-121).

La dernière étape consistait à apprécier l'exception d'irrecevabilité que la Fédération de Russie avait soulevée à l'égard de la partie de la requête ukrainienne comportant les demandes fondées sur la CIEDR, exception tenant au fait que l'Ukraine n'avait pas épuisé les recours internes avant de saisir la Cour. Pour le défendeur, l'application de la règle de l'épuisement des voies de recours internes s'inscrit dans le droit fil de l'article 6 de la CIEDR, qui impose aux Etats parties l'obligation d'assurer « une protection et une voie de recours effectives, devant les tribunaux nationaux et autres organismes d'Etat compétents », à toute personne relevant de leur juridiction. La Cour ne retient pas non plus cette exception, estimant que, « par sa requête fondée sur l'article 22 de la CIEDR, l'Ukraine ne prend pas fait et cause pour un ou plusieurs de ses ressortissants, mais reproche à la Fédération de Russie, sur le fondement de la CIEDR, le comportement systématique que celle-ci aurait adopté s'agissant du traitement réservé aux communautés ukrainienne et tatare de Crimée » (§ 130). Il convient d'ajouter que le défendeur soutenait, à l'appui de cette exception, que l'Ukraine avait formulé ses revendications différemment de celles qui figuraient dans sa requête et son mémoire afin de faire échec à l'exception fondée sur la règle de l'épuisement des voies de recours internes. Le juge Tomka dénonce vivement cette manœuvre de l'Ukraine qu'il qualifie de « *repackage* » de la demande originale introduite dans la requête à une nouvelle version de la demande dans le mémoire, et pense que c'est la conclusion de la Cour dans son ordonnance en indication des mesures provisoires qui a amené l'Ukraine à le faire (opinion individuelle précitée, § 5). Ceci relève, à nos yeux, de la « bonne administration de la justice », et méritait que la Haute juridiction internationale prenne position à son sujet, ce qu'elle n'a malheureusement pas fait, et qui est fort regrettable !

HADI AZARI

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

B. Droit de l'OMC

ORGANE DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS DE L'ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE

Décision de l'Arbitre du 2 octobre 2019, *Communautés européennes et certains Etats Membres – Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs. Recours de l'Union européenne à l'article 22:6 du Mémorandum d'accord* (DS 316)

Affaire Airbus – subventions – Accord SMC – contentieux de l'exécution – arbitrage – composition de l'Arbitre – articulation des procédures – mandat – charge de la preuve – contre-mesures – suspension annuelle – détermination du niveau de la suspension – prise en compte des effets – contrefactuel

Le 14 octobre 2019, les Etats-Unis ont été autorisés par l'ORD de l'OMC à adopter des contre-mesures à l'encontre de l'Union européenne (UE) pour un montant maximal annuel déterminé par l'Arbitre dans la présente décision du 2 octobre 2019 de 7,5 milliards de dollars américains. Il n'est pas si fréquent qu'un Membre de l'OMC soit autorisé à recourir à la suspension de droits et d'obligations. Depuis 1995, seulement treize procédures d'arbitrage ont été menées au titre de l'article 22:6 du Mémorandum d'accord pour déterminer le niveau des contre-mesures autorisées et jamais un tel montant n'a été décidé. Le niveau des contre-mesures est souvent évalué autour d'une ou de deux centaines de millions de dollars. Il est monté jusqu'à 3,5 et 4 milliards dans deux affaires de grande ampleur : respectivement *Etats-Unis – Méthodes antidumping (Chine)* et *Etats-Unis – FSC*. Le système de règlement des différends de l'OMC est en effet entièrement dédié à la recherche de solutions permettant d'éviter cette situation extrême considérée dans le Mémorandum d'accord comme devant uniquement servir en « dernier recours » (art. 3:7). Ainsi « ni la compensation ni la suspension de concessions ou d'autres obligations ne sont préférables à la mise en œuvre intégrale d'une recommandation de mettre une mesure en conformité avec les accords visés » (art. 22:1). Il n'en a cependant pas été autrement dans la présente affaire Airbus. A l'heure où les mesures protectionnistes atteignent dans le monde un niveau « historiquement élevé » (voir le rapport annuel 2019 du directeur général de l'Organe d'examen des politiques commerciales, doc. WT/TPR/OV/22, not. par. 3.2) et ayant à l'esprit qu'il est probable que l'UE bénéficiera bientôt de la même autorisation à l'encontre des Etats-Unis dans l'affaire miroir relative aux subventions accordées à Boeing, une telle situation de surenchère est vivement regrettable.

La décision de l'Arbitre rendue dans cette affaire est toutefois riche en enseignements tant sur des questions de procédure que de fond. Sur le plan procédural tout d'abord, le problème se posait de l'articulation entre la présente procédure d'arbitrage et celle fondée parallèlement sur l'article 21:5 relative à la détermination de la mise en conformité de ses obligations par l'Union européenne. En effet dans cette affaire sans fin commencée quinze ans auparavant, l'incompatibilité des subventions accordées par les Communautés européennes et certains Etats Membres à l'avionneur européen avait été constatée par le Groupe spécial initial et l'Organe d'appel dans leurs rapports respectivement datés du 30 juin 2010 et du 18 mai 2011 adoptés par l'ORD le 1er juin 2011. Le 12 janvier 2012, les deux parties avaient ensuite conclu un « accord sur la chronologie » en vue de « faciliter le règlement du différend » et de « réduire les possibilités de différends en matière de procédure » (voir « Procédures convenues au titre

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

des articles 21 et 22 du *Mémorandum d'accord sur le règlement des différends* et de l'article 7 de l'*Accord SMC* » entre l'UE et les Etats-Unis, doc. WT/DS316/21 du 17 janvier 2012). Le Mémorandum d'accord sur le règlement des différends laisse en effet subsister des zones d'ombre s'agissant de l'articulation des procédures ouvertes dans le cadre du contentieux de l'exécution. Afin de clarifier la situation, l'accord de 2012 prévoyait que la procédure d'arbitrage déclenchée au titre de l'article 22:6 serait suspendue le temps de la procédure sur la conformité. La procédure de détermination du niveau des contre-mesures n'a donc repris qu'en 2018, après l'adoption par l'ORD le 28 mai 2018 des rapports du Groupe spécial de la mise en conformité et de l'Organe d'appel remis le 22 septembre 2016 et le 15 mai 2018 qui constataient la persistance de violations de dispositions de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires (Accord SMC) par l'Union européenne (voir cette Chronique, *Revue*, 2018-3, pp. 712-718, nos obs.). Toutefois dès le 29 mai l'UE déclenchait une seconde procédure au titre de l'article 21:5. En conséquence, d'après elle, l'Arbitre nommé au titre de l'article 22:6 devait à nouveau suspendre sa procédure dans l'attente de la décision du deuxième Groupe spécial de la mise en conformité.

Ni le Mémorandum d'accord ni l'accord sur la chronologie de 2012 n'envisageaient cette situation par ailleurs inédite si l'on considère que l'affaire *Etats-Unis – Thon II* ne concernait pas un cas de subvention et que les Etats-Unis n'avaient pas demandé de suspension dans cette affaire. La suspension de la procédure de détermination du montant des contre-mesures le temps que se tienne la procédure de mise en conformité avait déjà été précédemment décidée, mais à chaque fois en raison d'une première et unique procédure conduite au titre de l'article 21:5 (voir not. les affaires *CE – Bananes III*, *Etats-Unis – Coton upland* et *Brésil – Aéronefs*). Dans la présente espèce, en recourant pour la deuxième fois à la procédure de mise en conformité, l'UE sollicitait – comme elle en a le droit – une décision constatant qu'elle avait finalement satisfait à ses obligations ; si l'Arbitre la suivait dans son interprétation, elle retardait surtout l'adoption de contre-mesures par les Etats-Unis avec le risque que l'autorisation d'adopter des suspensions d'obligations ne soit ainsi reportée indéfiniment, l'UE pouvant incessamment déclencher une procédure au titre de l'article 21:5. L'Arbitre ne l'a donc pas suivie.

Entre autres arguments, l'Union invoquait l'interdépendance entre les deux procédures parallèles, le risque de préjudice grave et irréparable pour elle si les Etats-Unis étaient autorisés à adopter des contre-mesures alors qu'elle avait mis en œuvre ses obligations et le principe de non-rétroactivité des contre-mesures. Les Etats-Unis revendiquaient pour leur part leur droit de prendre des contre-mesures, droit qui serait selon eux remis en cause si l'Arbitre décidait de suspendre la procédure. Ils indiquaient également qu'il était temps que l'UE supporte à son tour le « risque d'incertitude » s'agissant de savoir si elle s'était mise en conformité ou non (§ 2.15). Suivant la position américaine, l'Arbitre a en effet convenu qu'il n'était pas approprié d'attendre davantage. Rappelant qu'il relevait de son mandat d'achever la procédure rapidement, il n'a pas souscrit à l'idée que les contre-mesures qu'il autoriserait dans ces conditions seraient rétroactives. D'après lui en effet « [c]e serait seulement si des contre-mesures restaient en vigueur même après que l'ORD avait déterminé qu'il n'y avait plus d'infraction que l'on pourrait dire que ces contre-mesures "répondaient à une infraction passée" (c'est-à-dire une infraction ayant cessé) » (§ 2.27). En outre, distinguant son propre mandat de

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

celui du deuxième Groupe spécial de la mise en conformité, il a rejeté toute interdépendance des deux procédures.

Dans les deux cas certes, s'agissant d'un contentieux relatif à des subventions, l'Arbitre et le Groupe spécial de la mise en conformité doivent se prononcer à l'égard des effets défavorables persistants des subventions dommageables. Ainsi comme l'explique l'Arbitre, sa propre mission consiste à « quantifier les effets défavorables dont l'existence a précédemment été déterminée, tandis que le deuxième Groupe spécial de la mise en conformité doit déterminer si, compte tenu de l'allégation de mise en conformité de l'Union européenne, des effets défavorables existaient toujours (c'est-à-dire n'avaient pas été éliminés au moyen des mesures prises pour se conformer) au moment où il a été établi » (§ 2.38). Toutefois, « la présente procédure d'arbitrage vise à déterminer le niveau maximal des contre-mesures que l'ORD pourra autoriser les Etats-Unis à imposer en réponse au défaut de mise en conformité de l'Union à la fin de la période de mise en œuvre en 2011 » (§ 2.24). L'Arbitre a pour mandat de « déterminer le niveau des contre-mesures d'après les effets défavorables dont l'existence a été déterminée dans la procédure de mise en conformité antérieure et non par référence à la situation actuelle » (§ 2.33). Une « démarcation claire » (*ibid.*) distingue le champ des deux examens : « nous centrons notre examen sur les effets défavorables dont il a été déterminé qu'ils existaient pendant la période de référence 2011-2013, c'est-à-dire *dans le passé*, alors que le deuxième Groupe spécial de la mise en conformité centre le sien sur la question de savoir s'il y avait toujours des effets défavorables *plus récemment*, à la date de son établissement » (§ 2.39, it. originaux).

Ainsi les deux mandats se distinguent-ils et aucune interaction n'existe entre les deux procédures. Toutefois est-il intéressant d'observer que l'Arbitre et les Groupes spéciaux de la mise en conformité peuvent être constitués des mêmes personnes. L'Arbitre n'est en effet pas identifié comme étant une personne physique unique. Il est un organe composé de trois experts : si possible, ceux qui composaient le Groupe spécial initial. En l'espèce, plusieurs années s'étant écoulées entre la procédure initiale et la reprise de l'arbitrage, un seul des membres du Groupe spécial initial a pu composer l'Arbitre. Quant aux Groupes spéciaux de la mise en conformité, ils doivent également être composés, si possible, des membres du Groupe spécial initial. En l'espèce, cela a été le cas pour le premier Groupe spécial de la mise en conformité qui était composé exactement des trois mêmes personnes que le Groupe spécial initial. En revanche, le deuxième Groupe spécial de la mise en conformité n'a eu qu'un seul membre en commun avec le Groupe spécial initial, le même que celui présent dans la présente procédure d'arbitrage. Ainsi Thinus Jacobsz, sud-africain, a-t-il appartenu aux trois Groupes spéciaux établis dans cette affaire ainsi qu'au présent arbitrage, ce qui a sans doute favoriser une continuité et une cohérence de la jurisprudence (d'ailleurs, si aucun membre de ces organes n'a été également nommé dans l'affaire Boeing, notons qu'il n'en fut pas de même dans le cadre des procédures devant l'Organe d'appel où certains membres ont pu se prononcer à l'égard des deux affaires).

Dans la suite de sa décision, l'Arbitre prend soin de définir son mandat ainsi que la charge de la preuve. On sait que le contentieux relatif à des cas de subventions présente certaines particularités : outre la prise en compte déjà mentionnée des effets de la mesure contestée – interdite dans les autres contentieux –, le Membre plaignant est autorisé à adopter des contre-mesures « proportionnelles au degré et à la nature des effets

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

défavorables dont l'existence aura été déterminée » (art. 7.9 Accord SMC) alors que dans le contentieux de droit commun, l'article 22:4 du Mémorandum d'accord impose un principe d'équivalence (« [l]e niveau de la suspension de concessions ou d'autres obligations autorisée par l'ORD sera équivalent au niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages »). En l'espèce, l'Arbitre devait ainsi déterminer si le montant proposé par les Etats-Unis était conforme à cette exigence de proportionnalité. A défaut, il lui revenait d'établir sa propre détermination. Du point de vue des règles de preuve, le principe suivant lequel la charge pèse sur le demandeur reste applicable. Il appartenait donc en l'espèce à l'UE d'établir *prima facie* l'incompatibilité des contre-mesures proposées par les Etats-Unis, ces derniers pouvant ensuite réfuter les éléments avancés par l'UE. L'originalité des règles applicables dans une telle procédure menée au titre de l'article 22:6 réside dans l'affirmation d'un devoir des parties – imposé par la pratique, non pas fondé sur les textes – de fournir des éléments de preuve et de collaborer avec l'Arbitre. Ainsi a-t-il été demandé aux Etats-Unis de présenter « une note méthodologique justifiant la manière dont ils étaient arrivés aux contre-mesures proposées » (§ 4.4). La décision de l'Arbitre porte sur l'évaluation de cette méthode.

Notons s'agissant du mandat de l'Arbitre qu'une comparaison peut être opérée entre la demande de la partie plaignante visant à être autorisée à prendre des contre-mesures et la demande d'établissement d'un Groupe spécial. Comme l'affirme l'Arbitre, « les demandes au titre de l'article 22:2 sont comparables aux demandes d'établissement d'un Groupe spécial au titre de l'article 6:2 du Mémorandum d'accord : ce sont toutes deux des demandes d'action de la part de l'ORD, et toutes deux définissent le mandat dans toute procédure de règlement des différends de l'OMC qui s'ensuivra » (§ 6.15).

Sur le fond, l'Arbitre a rappelé les principes régissant la détermination du niveau des contre-mesures dans le droit de l'OMC. Le terme « contre-mesures » doit être compris comme « désignant de fait une "suspension [temporaire] de concessions ou d'autres obligations" conformément à l'usage qui en est fait à l'article 22:6 », sachant que « le but des contre-mesures et de la suspension autorisées de concessions ou d'autres obligations [est] d'inciter une partie défenderesse à se mettre en conformité » (§ 5.2). Plus précisément, les contre-mesures peuvent être définies comme des « mesures correctives prospectives remédiant à la non-mise en conformité d'une partie défenderesse à compter de la date à laquelle l'autorisation de prendre des contre-mesures ou de suspendre des concessions est accordée » (§ 5.3). Mêmes « proportionnelles », les contre-mesures ne peuvent « intégrer un quelconque élément punitif » (§ 5.4). S'agissant « des effets défavorables dont l'existence aura été déterminée » (art. 7.10 Accord SMC), ils « sont ceux qui ont été identifiés dans un rapport antérieur adopté de Groupe spécial ou de l'Organe d'appel » (§ 5.5). En l'espèce, l'Arbitre estime que les rapports pertinents sont ceux adoptés dans le cadre de la première procédure de mise en conformité : « [c]e sont les constatations issues de la procédure de mise en conformité, en établissant que l'Union européenne "n'[a] pas pris des mesures appropriées pour éliminer les effets défavorables de la subvention ou retir[é] la subvention dans un délai de six mois" (article 7.9 de l'Accord SMC), qui constituent la base permettant à l'ORD d'accorder aux Etats-Unis l'autorisation de prendre des contre-mesures » (*ibid*.).

La méthode employée par l'Arbitre a ainsi comme point de départ le constat opéré par le Groupe spécial et l'Organe d'appel dans la première procédure de mise en conformité que les aides au lancement et le financement par les Etats membres pour l'A380 et

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

l'A350XWB ont causé « cinq pertes de ventes ainsi qu'une entrave sur six marchés géographiques différents au cours de la période de référence pertinente, à savoir la période de référence comprise entre 2011 et 2013 » (§ 1.4). Afin de déterminer la valeur des pertes de vente et de l'entrave, l'Arbitre accepte le recours à un « contrefactuel », c'est-à-dire à « un scénario hypothétique qui décrit ce qui se serait produit en termes de courants d'échanges si la partie défenderesse avait mis en œuvre les recommandations et décisions de l'ORD » (*Etats-Unis – Thon II (Mexique) (article 22:6 – Etats-Unis)*, décision de l'Arbitre, WT/DS381/ARB, § 4.4) et il choisit d'utiliser le même contrefactuel que celui adopté dans la première procédure de mise en conformité, c'est-à-dire celui dans lequel « c'est Boeing qui aurait emporté les ventes perdues identifiées dans la procédure de mise en conformité et Boeing qui aurait accru ses livraisons s'il n'y avait pas eu l'entrave identifiée dans la procédure de mise en conformité » (§ 6.79). On comprend dans ces conditions que le montant des contre-mesures autorisées ait atteint de tels niveaux.

Une fois calculées, la valeur de chacune des pertes identifiées et celle de l'entrave sont additionnées puis annualisées. La détermination précise du niveau des contre-mesures répond à de savantes équations et à de multiples prises de position techniques quant aux éléments à prendre en considération ou non, allant de l'appréciation de la crédibilité des éléments de preuve à la prise en compte des préférences des clients ou encore à la question de savoir quels modèles d'avion d'Airbus et de Boeing sont comparables et à celle de savoir à quel taux d'inflation se référer. Globalement, l'Arbitre a approuvé la méthode de détermination employée par les Etats-Unis, procédant seulement à quelques ajustements de temps à autre. Demandée pour un montant de 10 milliards de dollars américains, l'autorisation a été accordée pour un montant maximal de 7 496,623 millions par an.

Dès avril 2019, avant même la fin de la procédure d'arbitrage, l'USTR (Département américain du commerce) avait publié une première liste de produits européens risquant d'être surtaxés en réponse aux subventions accordées à Airbus. Après publication de la décision du 2 octobre dernier, les Etats-Unis ont annoncé qu'ils imposeraient des droits à hauteur de 10% sur les avions d'Airbus et de 25% sur une gamme de produits, dont du vin français, des whiskies écossais et des fromages en provenance de toute l'Europe (source Reuters, 17 oct. 2019). Des négociations entre les représentants américains et européens cherchent à éviter un tel scénario, préjudiciable aux deux économies. Comme l'affirme Cécilia Malmström, commissaire européen au commerce : « *[i]mposing tariffs on each other serves nobody's long term interest. It will inflict very significant damage to the highly integrated supply chain of the aircraft sectors in the U.S. and the EU and will result in collateral damage to many other sectors already suffering under the current trade tensions* » (communiqué du Service européen pour l'action extérieure, 18 oct. 2019). Le 2 décembre 2019, le deuxième Groupe spécial de la mise en conformité a remis son rapport dans lequel il constate que l'Union européenne n'a toujours pas exécuté ses obligations. En réalité, seul le temps le permettra. L'UE l'a elle-même reconnu : « en l'espèce, la mise en conformité se produira avec le temps en raison de la nature non récurrente des subventions en question » (§ 6.37). Dans cette attente, l'adoption de contre-mesures croisées ayant été autorisées, c'est-à-dire portant sur des secteurs différents de celui sur lequel porte le litige, il faut espérer que les dommages causés aux industries visées par les sanctions demeurent limités.

CLAIRE CRÉPET DAIGREMONT

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

II. CONTENTIEUX TRANSÉTATIQUE

A. Droits de l'Homme

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME
Arrêt du 1er octobre 2019, *Savran c. Danemark*, req. n° 57467/15

Eloignement – étranger malade – maladie mentale – interdiction des traitements inhumains et dégradants.

Le requérant est un ressortissant turc âgé d'une trentaine d'années, arrivé au Danemark à l'âge de 6 ans. Atteint de schizophrénie paranoïde, M. Savran, condamné en 2007 pour des faits de violence ayant entraîné la mort d'un homme, fait l'objet d'une mesure d'éloignement. Le requérant allègue devant la Cour EDH que l'exécution de cette mesure emporterait violation des articles 3 et 8 de la Convention EDH car il ne pourrait pas recevoir un traitement psychiatrique approprié dans cet Etat. La Cour constate, à la plus courte des majorités (4 voix contre 3), que l'éloignement du requérant sans que les autorités danoises aient obtenu des assurances individuelles et suffisantes qu'un traitement approprié serait disponible et accessible au requérant constituerait une violation de l'article 3 de la Convention.

L'éloignement d'une personne atteinte d'une maladie mentale n'a pas donné lieu à une jurisprudence très fournie, ni très claire, de la Cour EDH. Dans un arrêt *Ahmed c. Royaume-Uni*, où était en cause l'expulsion d'une personne atteinte de schizophrénie, la Cour avait d'abord admis que « les souffrances qui accompagneraient [une] rechute pourraient en principe relever de l'article 3 » (Cour EDH, *Ahmed c. Royaume-Uni*, arrêt du 6 février 2001, req. n° 44599/98, § 37), mais avait conclu à la non-violation des articles 3 et 8 de la Convention. La Cour EDH a ensuite rendu deux arrêts de Grande chambre dans lesquels elle a dégagé des principes généraux, très stricts, concernant l'éloignement des personnes malades, *a priori* indistinctement applicables aux maladies physiques et mentales (*contra*, voir l'opinion dissidente additionnelle de la juge Mourou-Vikström à l'arrêt *Savran*). Dans l'arrêt *N. c. Royaume-Uni*, la Cour a jugé « [l]a décision d'expulser un étranger atteint d'une maladie physique ou mentale grave vers un pays où les moyens de traiter cette maladie sont inférieurs à ceux disponibles dans l'Etat contractant est susceptible de soulever une question sous l'angle de l'article 3, mais seulement dans des cas très exceptionnels, lorsque les considérations humanitaires militant contre l'expulsion sont impérieuses » (Cour EDH, Grande chambre, *N. c. Royaume-Uni*, arrêt du 27 mai 2008, req. n° 26565/05, § 42). La Cour a précisé ce principe, jusqu'alors appliqué de manière très restrictive « aux seules expulsions de personnes se trouvant au seuil de la mort » (Cour EDH, Grande chambre, *Paposhvili c. Belgique*, arrêt du 13 décembre 2016, req. n° 41738/10, § 181), dans l'arrêt *Paposhvili c. Belgique* : ces « cas très exceptionnels » recouvrent, outre la situation dans laquelle une personne se trouve « au seuil de la mort » (Cour EDH, Grande chambre, *Paposhvili c. Belgique*, précité, § 181), « les cas d'éloignement d'une personne gravement malade dans lesquels il y a des motifs sérieux de croire que cette personne, bien que ne courant pas de risque imminent de mourir, ferait face, en raison de l'absence de traitements adéquats dans le pays de destination ou du défaut d'accès à ceux-ci, à un risque réel d'être exposée à un déclin grave, rapide et irréversible de son état de santé entraînant des souffrances intenses ou à une réduction significative de son espérance de vie ». Comme la Cour le relève elle-même, « ces cas

© Editions A. Pedone

correspondent à un seuil élevé pour l'application de l'article 3 de la Convention dans les affaires relatives à l'éloignement des étrangers gravement malades » (Cour EDH, Grande chambre, *Paposhvili c. Belgique*, précité, § 183). Entre temps, dans l'arrêt *Aswat c. Royaume-Uni*, la Cour avait estimé que l'extradition du requérant, atteint de schizophrénie paranoïaque, vers les Etats-Unis, serait contraire à l'article 3, en raison du risque que le requérant soit soumis à des conditions de détention susceptibles d'aggraver son état de santé (Cour EDH, arrêt du 16 avril 2013, req. n° 17299/12, §§ 49-57). L'arrêt *Savran c. Danemark* fournissait donc à la Cour EDH l'occasion d'appliquer sa jurisprudence *Paposhvili* à l'éloignement d'une personne souffrant d'une maladie mentale.

La Cour rappelle d'abord que les éléments à prendre en considération, dégagés dans l'arrêt *Paposhvili c. Belgique*, pour évaluer les conséquences probables de l'éloignement pour la personne intéressée, sont le caractère suffisant et approprié des soins disponibles dans l'Etat de destination pour traiter la pathologie dont souffre l'intéressé (§ 46) et la possibilité effective pour ce dernier d'avoir accès à ces soins et équipements (§ 47). Elle rappelle ensuite qu'en cas de doute persistant quant à l'impact de l'éloignement sur le requérant, l'Etat de renvoi est tenu, avant d'éloigner la personne, d'obtenir des assurances individuelles et suffisantes de l'Etat de destination qu'un traitement approprié sera disponible et accessible à la personne concernée (§ 48). Examinant le cas d'espèce, la Cour ne remet pas en cause le fait que les médicaments nécessaires au requérant seraient disponibles en Turquie. Les juges de Strasbourg reprochent en revanche à la Cour régionale de ne pas avoir pris en considération le fait que le requérant aurait besoin, afin que son état de santé ne se détériore pas, d'un suivi et d'un contrôle régulier dans le cadre d'une thérapie intensive en hôpital de jour (§§ 58-61). Elle relève en outre que ce dernier n'a ni famille ni réseau social en Turquie, ce qui rendrait encore davantage nécessaire qu'il bénéficie à son retour du suivi et du contrôle en question (§ 63). La Cour estime donc que les autorités danoises auraient dû s'assurer que le requérant pourrait bénéficier, au minimum, du soutien d'une personne de contact avec laquelle il pourrait avoir des contacts réguliers et personnels (§ 64). Par conséquent, si le requérant était éloigné sans que les autorités danoises obtiennent les assurances nécessaires à cet égard de l'Etat de destination, il y aurait violation de l'article 3 de la Convention (§§ 66-67). Par ailleurs, la Cour juge, eu égard à ses conclusions sous l'angle de l'article 3, qu'il n'est pas nécessaire d'examiner séparément les griefs tirés de la violation de l'article 8. Dans une opinion dissidente commune, les juges Kjølbro, Motoc et Mourou-Vikström estiment que la majorité « *have not faithfully abided by and applied the recent and unanimous* Paposhvili *judgment to the facts of the case. On the contrary, the majority have seized the first available opportunity to further broaden the scope of Article 3 in this sensitive area, thus in practice pushing wide open the door that the Grand Chamber deliberately and for sound legal and policy reasons decided only to open slightly compared to the previous strict case-law. Therefore, the majority should have relinquished jurisdiction in favour of the Grand Chamber rather than deciding to broaden the protection to be granted in the event of the expulsion of physically or mentally ill persons* » (§ 9 de l'opinion dissidente commune). Le collège de la Grande chambre ayant accepté le 27 janvier 2020, à la demande du Gouvernement danois, le renvoi de l'affaire devant la Grande chambre, cette dernière aura l'occasion de préciser les principes d'interprétation de l'article 3 de la Convention en ce qui concerne l'éloignement d'une personne souffrant d'une maladie mentale.

JULIE TAVERNIER

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME
Arrêt du 8 octobre 2019, *Szurovecz c. Hongrie*, req. n° 15428/16

Liberté d'expression – droit de communiquer des informations – journalisme d'investigation – demandeurs d'asile – marge nationale d'appréciation.

Dans cet arrêt, la Cour EDH a constaté que la Hongrie était responsable d'une violation de l'article 10 de la Convention pour avoir refusé l'accès au centre d'accueil de demandeurs d'asile de Debrecen à un journaliste souhaitant faire un reportage sur les conditions de vie des personnes résidant dans ce centre. Dans un contexte de « crise des réfugiés » (§ 60), la Cour se livre à une appréciation de la liberté des journalistes d'enquêter sur les conditions d'accueil des demandeurs d'asile en pénétrant dans les centres d'accueil.

Le gouvernement avançait que la requête, « *based on a claim to a right of access to information which did not fall within the scope of Article 10* », était incompatible *ratione materiae* avec la Convention (§ 21). Il alléguait également que la requête était irrecevable *ratione personae*, puisque le requérant avait pu faire un reportage sur un autre centre d'accueil, sans avoir à y pénétrer (§ 26). Pour la Cour, « *the core question to be addressed in the present case is whether the denial of the applicant's request for access the Reception Centre resulted, in the circumstances of the case, in an interference with his right to receive and impart information as guaranteed by Article 1*0 » (§ 28). Elle décide donc de joindre au fond les exceptions préliminaires du gouvernement (§ 29). La Cour rappelle que « *gathering of information is an essential preparatory step in journalism and is an inherent and protected part of press freedom* » (§ 52). Les refus opposés au requérant s'analysent donc en une ingérence dans l'exercice, par celui-ci, de son droit à la liberté d'expression en ce qu'ils ont entravé son travail d'investigation (§ 54).

Le cœur du raisonnement de la Cour est, de manière classique, développé sur le terrain de la nécessité de l'ingérence dans une société démocratique. S'il ne fait aucun doute, aux yeux de cette dernière, que les conditions dans lesquelles sont accueillis les demandeurs d'asile, ainsi que le respect en la matière des obligations internationales de l'Etat, sont des questions d'intérêt public qui devraient conduire à ne concéder qu'une marge d'appréciation réduite aux autorités nationales (§§ 61-62), la Cour se dit toutefois prête à accorder une marge d'appréciation plus étendue que d'habitude aux Etats, en raison de l'absence de consensus européen en ce qui concerne l'accès des journalistes aux centres d'accueil pour demandeurs d'asile (§§ 17-19 et 66). La Cour exige néanmoins que les restrictions à la liberté d'expression soient justifiées de manière convaincante. Or, le juge de Strasbourg « *is not persuaded that the domestic authorities gave sufficient consideration to whether the refusal of permission to access and conduct journalistic research inside the Reception Centre, for reasons concerning the private life and security of asylum seekers, was effectively necessary in practice in the present circumstances* » (§ 67). La Cour relève notamment que le requérant ne cherchait pas à obtenir des informations « à caractère sensationnel » mais des d'informations « d'intérêt public » concernant les conditions de vie des demandeurs d'asile et la manière dont ils sont traités par les autorités hongroises (§ 68). Ajouté au fait que le requérant s'était engagé à ne prendre des photos qu'avec l'autorisation, au besoin écrite, des personnes concernées, cet élément conduit la Cour à juger que la protection de la vie privée de demandeurs d'asile constituait un motif certes pertinent, mais non suffisant, pour refuser l'accès au requérant au centre d'accueil (§ 69). Quant au second motif invoqué par les

© Editions A. Pedone

autorités hongroises, la protection de la sécurité des personnes, la Cour l'écarte car les autorités nationales n'ont pas montré en quoi la sécurité des personnes concernées aurait été compromise par le travail du requérant (§ 70). Le gouvernement alléguait enfin que le requérant aurait pu faire son reportage grâce à d'autres sources d'information. A cet égard, la Cour insiste sur l'importance, pour les journalistes, de pouvoir accéder à des sources de première main dont ils peuvent vérifier l'authenticité (§§ 72-73). Elle souligne également que l'article 10 « *protects not only the substance of the ideas and information expressed, but also the form in which they are conveyed. It is therefore not for the national courts or indeed for the Court to substitute their own views for those of the press as to what technique of reporting should be adopted by journalists* » (§ 74). La Cour conclut donc, après avoir rappelé que « *the domestic authorities are better placed than it is to say whether, and to what extent, access to the Reception Centre is compatible with the authorities' obligation to protect the rights of asylum-seekers* » (§ 76), que, « *the domestic authorities have failed to demonstrate convincingly that the refusal of permission to enter and conduct research in the Reception Centre, which was an absolute refusal, was proportionate to the aims pursued and thus met a "pressing social need"* » (§ 76). En somme, l'office de l'immigration et de la nationalité, dont les décisions sont insusceptibles de recours, n'a pas tenu suffisamment compte de l'intérêt du requérant, en tant que journaliste, à enquêter sur les conditions d'accueil des réfugiés et à celui de la société de recevoir des informations sur ce sujet d'intérêt public (§ 63).

Julie TAVERNIER

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

Arrêt du 17 octobre 2019 (Grande Chambre), *Lopez Ribalda et al. c. Espagne*, req. n^{os} 1874/13 et 8567/13

Vidéosurveillance – vie privée – lieu de travail – recevabilité de la preuve – mise en balance – licenciement – droit du travail – droit au procès équitable

L'affaire *Lopez Ribalda et al c. Espagne* concerne la mise en place de caméras de vidéosurveillance par un directeur de supermarché en raison de soupçon de vols. Cinq employés furent ainsi identifiés comme auteurs de ces infractions et licenciés en conséquence. Ils se pourvoient devant la Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH) après que les juridictions internes aient rejeté leurs recours, alléguant qu'ils n'avaient pas été informés de la mise en place du dispositif et contestant de ce fait leur licenciement ainsi que la recevabilité les preuves obtenues par ce moyen. Appliquant le test élaboré dans l'affaire *Barbulescu* (CourEDH, *Barbulescu c. Roumanie*, arrêt du 5 septembre 2017 (Grande Chambre), req. n° 61496/08) en matière de protection des données personnelles, la Grande Chambre infirme la solution de l'arrêt de chambre et conclut quant à elle à la non-violation de l'article 8. Elle constate d'abord la conformité du cadre législatif espagnol aux exigences de l'article 8 et concentre donc ensuite son examen sur l'application de ces règlementations par les juridictions nationales, dont se plaignent les requérants. Au regard de la légitimité des intérêts de l'employeur et, selon elle, du caractère minime de l'intrusion dans la vie privée des salariés, elle considère que les juridictions internes ont effectué une mise en balance circonstanciée des intérêts en présence. Quant à la violation invoquée de l'article 6, elle constate, à l'instar cette fois de la chambre, la non-violation de l'article 6, les requérants ayant eu l'opportunité de soumettre leurs griefs devant les juridictions nationales.

Julie FERRERO

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

Arrêt du 19 novembre 2019, *T.K. et S.R. c. Russie*, req. n[os] 28492/15 et 49975/15

Extradition – risque de persécution – évaluation de la situation dans un Etat non-partie à la Convention – minorité ethnique – assurance fournie par les autorités nationales – évaluation des risques personnels – Kirghizstan

L'affaire *T.K. et S.R. c. Russie* marque un revirement de jurisprudence quant à la situation prévalant au Kirghizstan depuis les violences interethniques survenues en 2010. Les requérants sont deux ressortissants kirghizes d'ethnie ouzbeks accusés, comme nombre de leurs compatriotes à cette période, de crimes en lien avec les évènements de juin 2010 qui avaient vu s'affronter plusieurs groupes et donné lieu à plusieurs centaines de morts et de blessés, ainsi qu'à de multiples persécutions qui ont perduré dans le temps. Ils émigrèrent en Russie pour y échapper où ils furent par la suite appréhendés. Les autorités kirghizes réclamant leur extradition et la Russie se déclarant prête à y procéder compte tenu des assurances fournies par les autorités de poursuite, la Cour prononça en 2015 des mesu-res provisoires tendant à suspendre l'exécution de toute mesure d'extradition. Alors que les requérants allèguent devant la Cour qu'une extradition les expose à un risque de traitement inhumain et dégradant interdit par l'article 3 en raison de leur appartenance ethnique ouzbeks, conformément à la jurisprudence constante de la Cour depuis les évènements de 2010 (voir par ex., CourEDH, *Makhmudzhan Ergashev c. Russie*, arrêt du 16 octobre 2012, req. n°49747/11 ; CourEDH, *Turgunov v. Russia*, arrêt du 22 octobre 2015, req. n°15590/14), le gouvernement russe considère que la situation s'est considérable-ment améliorée au Kirghizstan depuis 2010, que les assurances fournies par les autorités nationales ont été dument examinées et sont adéquates et que l'adhésion de l'Etat à de plusieurs instruments internationaux de protection des droits de l'homme témoigne de son évolution.

La Cour souscrit à cette analyse. Elle adopte une démarche relativement prudente et rappelle tout d'abord qu'un problème général vis-à-vis du respect des droits de l'homme dans un Etat ne suffit pas à empêcher toute extradition vers son territoire, de même qu'une situation de violence générale. Des allégations de risque de mauvais traitement doivent donc être corroborées par des circonstances individuelles sauf dans les cas « les plus extrêmes » tels qu'identifiés notamment dans l'arrêt *Sufi et Elmi* (CourEDH, *Sufi et Elmi c. Royaume-Uni*, arrêt du 28 juin 2011, req. n[os] 8319/07 et 11449/07, §§ 216-218) dans lesquels la seule présence du requérant lui fait courir le risque d'être soumis à un traitement contraire à l'article 3. Si la Cour reconnaît que l'infliction de mauvais traitements au Kirghizstan revêtait un caractère systémique depuis 2010 elle relève également des avancées qu'elle juge significatives, au point d'écarter tout risque général de mauvais traitement. Passant ensuite à l'examen de la situation particulière de la minorité Ouzbek, dont elle considérait jusqu'alors qu'il s'agissait d'un groupe ciblé soumis à un risque de persécution, elle juge là encore que l'évolution de la situation dans le pays doit être prise en considération. Or, elle indique qu'à la différence des informations dont elle disposait pour la période 2010-2013 à propos de laquelle ses arrêts antérieurs ont été rendus, les informations relatives à la période 2015-2019 ne révèlent pas de risques particuliers pour les ouzbeks et qu'ils ne constituent de ce fait plus un groupe vulnérable du seul fait de leur origine. Pour étayer ces évolutions, la Cour retient certaines des informations fournies par les parties mais principalement des informations obtenues *proprio motu*, constituées essentiellement de rapports d'organes internationaux

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

– onusiens ou européens – et d'ONG. Or, si les documents cités font effectivement état de l'adoption de mesure et de la mise en place d'organes et de mécanismes destinés à remédier aux problèmes systémiques à l'échelle nationale, ils sont plus mitigés sur la situation actuelle que ne le laisse penser le discours la chambre. Il n'en demeure pas moins que la Cour, constatant que la situation individuelle des requérants ne démontre pas davantage de risque de persécution, conclut à la non-violation de l'article 3 en cas d'expulsion vers le Kirghizstan.

En définitive, la chambre se livre dans cet arrêt à un véritable examen au fond des allégations de risque de persécution des requérants, s'érigeant *de facto* en juge de l'asile. Si les bases de son revirement semblent incertaines d'un point de vue factuel, en décidant de maintenir les mesures provisoires énoncées jusqu'à ce que le jugement devienne final, elle s'assure de la possibilité effective pour les requérants de solliciter le renvoi de l'affaire devant la Grande Chambre qui pourra confirmer ou infirmer cette position.

JULIE FERRERO

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

Arrêts du 21 novembre 2019 (Grande Chambre), *Z.A. et al. c. Russie*, req. n^{os} 61411/15, 61420/15, 61427/15 et 3028/16 et *Ilias et Ahmed c. Hongrie*, req. n° 47287/15

Asile – zones de transit – conditions de séjour – privation de liberté – dignité – vulnérabilité – pays tiers sûr – obligations de l'Etat de renvoi – traitements inhumains et dégradants – garanties minimales – délimitation de l'objet du litige devant la Grande Chambre – Union européenne

Les deux arrêts rendus par la Grande Chambre de la Cour EDH le 21 novembre 2019 ont permis à la juridiction de préciser ses exigences quant à la situation des étrangers et des demandeurs d'asile retenus dans des zones de transit. Au-delà de la clarification de l'étendue des obligations étatiques, ils sont également l'occasion d'une réévaluation des exigences conventionnelles à la lumière de l'aggravation de la crise migratoire, que les Etats défendeurs brandissent comme motif légitime de restriction des droits protégés, et de leur défiance de plus en plus affirmée à l'égard du droit des réfugiés comme de la mission de la Cour elle-même. Ces deux affaires, quoiqu'elles concernent des Etats et des situations différents, présentent une parenté manifeste liée, outre leur contexte factuel, aux garanties conventionnelles mobilisées et à la stratégie employée par les Etats défendeurs. Leur comparaison est par conséquent riche d'enseignements et en appelle une lecture croisée, pour mettre en perspective le raisonnement de la Cour à propos, d'abord, des allégations de violation de l'article 3 et, ensuite, de l'article 5, qui doit néanmoins être précédé de quelques considérations préliminaires.

Les arrêts *Ilias et Ahmed c. Hongrie* et *Z.A. et al. c. Russie* ont fait l'objet d'audiences le même jour, par la même formation de la Grande Chambre « dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice » (*Ilias et Ahmed c. Hongrie*, § 4) et mettaient en cause deux des Etats le plus souvent pointés du doigt dans la gestion de la crise migratoire que connaît le continent européen. Or, cette concomitance des affaires devant le prétoire européen les a conduits à former une alliance, cimentée autour d'une vision souverainiste du droit d'asile, opposée à ce qu'ils dénoncent comme une conception laxiste que défendrait la Cour et manifestée par leurs interventions réciproques en cours d'audience en défense d'une doctrine désormais commune. Malgré cette apparence de cohérence, les deux affaires se

© Editions A. Pedone

distinguent à plusieurs égards. Dans les faits, d'abord, l'affaire *Z.A. et al. c. Russie* concerne la rétention de plusieurs migrants d'origine iraquienne, palestinienne, somalienne et syrienne dans la zone de transit de l'aéroport de Sheremetyevo. L'affaire *Ilias et Ahmed c. Hongrie*, ensuite, concerne quant à elle le maintien pendant plusieurs semaines de deux ressortissants bangladais, arrivés sur le territoire par la Serbie, dans une zone de transit frontalière à partir de laquelle ils furent finalement être expulsés vers le territoire serbe. L'autre différence essentielle réside dans le fait que cette dernière affaire met en cause la responsabilité d'un Etat membre de l'UE, soumis, donc, au système mis en place par le règlement Dublin (voir par ex., CourEDH, *Tarakhel c. Suisse*, arrêt du 4 novembre 2014 (Grande Chambre), req. n° 29217/12). Il reste enfin à mentionner, parmi ces considérations liminaires, un éclairage apporté à l'occasion de l'affaire *Ilias et Ahmed* à une question procédurale que la Cour n'avait pas encore eu à trancher. L'affaire soumise à la Grande Chambre avait été jugée partiellement recevable en 2017 par une formation de chambre, avant de lui être transmise conformément à la procédure de l'article 43. Or, la chambre ne s'était pas prononcée sur l'un des griefs soulevés par les requérants qui tendait à faire constater la violation de l'article 13 combiné à l'article 3. La jurisprudence de la Cour établissait jusqu'ici que l'étendue du litige est fixée dans ces cas de figure par la chambre, dans la mesure où une décision sur la recevabilité est réputée définitive. *Quid*, toutefois, d'un moyen que la chambre n'aurait déclaré ni recevable, ni irrecevable ? La Grande Chambre tranche en faveur de sa propre compétence et considère qu'un tel grief relève de l'objet de l'affaire, quoiqu'elle décide à son tour qu'il n'y a pas lieu de statuer à cet égard (§ 179).

Sur le fond de ces affaires et sur le terrain, en premier lieu de l'article 3, la question principale soumise à la Cour consiste à déterminer si les conditions de traitement des migrants dans les zones de transit concernées étaient de nature à constituer un traitement inhumain ou dégradant. D'abord, les Etats défendeurs contestent avec virulence l'existence même d'obligations à leur égard à ce titre, la Russie considérant même « qu'une personne qui se trouve sous la juridiction d'un Etat n'est pas nécessairement 'aux mains des autorités' » et que les requérants « ne devaient leur situation difficile qu'à leurs propres actes » (*Z.A. et al. c. Russie*, § 176), alors même que le HCR décrit dans ses observations des conditions de détention déplorables. Cet argumentaire transparaît d'ailleurs de manière récurrente tout au long de l'arrêt, comme dans les observations hongroises. Il consiste *in fine* à affirmer que, dans la mesure où les Etats sont habilités à contrôler et donc à refuser l'entrée sur leur territoire, ils ne sauraient en conséquence être tenus au respect d'obligation vis-à-vis des personnes dépourvues d'une autorisation d'y entrer, ce qui équivaut peu ou prou à une négation des droits des demandeurs d'asile. La Cour tente quant à elle de garder le cap quoiqu'elle fasse preuve d'une grande diplomatie. Tout au long de ces deux arrêts en effet, elle n'a de cesse de reconnaître les « difficultés considérables pour faire face à un afflux croissant de migrants et de demandeurs d'asile » (*Z.A. et al. c. Russie*, § 187) que rencontrent les Etats parties et d'admettre leur « souci légitime (…) de déjouer les tentatives de plus en plus fréquentes de contournement des restrictions à l'immigration » (§ 184). Son raisonnement, néanmoins, se veut conforme à sa ligne jurisprudentielle relative au seuil de gravité devant être atteint pour qu'un traitement infligé tombe sous le coup de l'interdiction de l'article 3 (CourEDH, *Khlaifia et al. c. Italie*, arrêt du 15 décembre 2016 (Grande Chambre), req. n° 16483/12, §§ 158-169). A cet égard, elle rappelle dans l'affaire *Z.A. et al. c. Russie* que l'interdiction des traitements inhumains et dégradants est une valeur fondamentale qui prend sa source dans le respect de la dignité humaine, principe matriciel du système conventionnel

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

(voir notamment M. LEVINET, « Les présupposés idéologiques de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Petites affiches*, 2010, n°254, p. 9). Au nom de ce « cœur même de la Convention » (§ 188) elle considère que la pression migratoire subie par les Etats ne saurait les dispenser du respect de ce qu'elle désigne comme des « normes minimales » (§191). Ces garanties minimales – voire minimalistes – incluent notamment « la nécessité de disposer d'un espace personnel suffisant, (…) l'accès à un lieu de promenade extérieur, l'accès à l'air ou à la lumière naturels, la ventilation des locaux et le respect des normes sanitaires et des conditions d'hygiène élémentaires » (§ 186). Or, ces exigences n'ayant pas été respectées elle conclut dans l'affaire russe à la violation de l'article 3 dans son volet substantiel. Dans l'affaire hongroise en revanche, aux requérants qui se plaignaient de n'avoir eu accès à aucun loisir ni moyen de communication au cours de leur détention, la Cour répond que ces conditions matérielles minimales étaient réunies pour satisfaire leurs besoins fondamentaux.

Si la vérification du seuil de gravité est compréhensible puisque la Cour ne statue ici que sur la violation de l'article 3, elle fait cependant dans ce contexte une application assez peu cohérente de la notion de vulnérabilité (voir notamment CourEDH (Grande Chambre), *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, arrêt du 21 janvier 2011, req. n° 30696/09, § 232). Dans l'affaire *Z.A.*, la Cour semble retenir le degré de vulnérabilité des requérants, inhérent à leur statut de demandeurs d'asile, comme un critère supplémentaire de gravité du traitement qu'ils ont subi et considère ainsi que « la détresse des intéressés était accentuée par les expériences qu'ils avaient vécues pendant leurs parcours migratoires » (§ 193). Pourtant, dans l'arrêt *Ilias et Ahmed*, face au même argument invoqué par les requérants, la Cour répond que « s'il est vrai que les demandeurs d'asile peuvent être considérés comme vulnérables du fait de leur parcours migratoire et des expériences traumatiques qu'ils peuvent avoir vécues en amont (…), rien ne montre que les requérants en l'espèce étaient plus vulnérables que d'autres demandeurs d'asile majeurs confinés en septembre 2015 dans la zone de transit » (§ 192). La seule considération objective susceptible d'expliquer cette divergence réside dans le fait que, dans la première affaire, le HCR avait reconnu le besoin de protection internationale des quatre requérants. La conjonction de ces deux précédents est inquiétante en ce qu'elle pourrait signifier que la vulnérabilité reconnue jusqu'alors aux demandeurs d'asile – c'est-à-dire aux personnes dont la demande n'a pas encore été examinée – ne serait plus accordée qu'aux réfugiés, anciens demandeurs d'asile dont les craintes de persécution ont été considérées, par l'une ou l'autre autorité, crédibles après examen et auxquels une protection doit être ou a déjà été accordée.

Enfin, l'affaire *Ilias et Ahmed*, soulève une question supplémentaire sur le terrain de l'article 3, propre cette fois aux Etats de l'UE à propos des obligations étatiques en cas d'expulsion vers un autre Etat membre en application du « système Dublin ». En effet, la Hongrie entendait renvoyer les requérants non pas dans leur pays d'origine mais en Serbie où, selon l'Etat défendeur, leur demande d'asile devait être examinée. La Cour saisit ainsi l'occasion qui lui est offerte, huit ans après l'arrêt *M.S.S. c Belgique et Grèce*, de clarifier la portée des obligations de l'Etat de renvoi. En l'espèce, les requérants alléguaient que leur expulsion vers la Serbie était constitutive d'une violation de l'article 3 compte tenu des défaillances connues de cet Etat dans le traitement des demandeurs d'asile et du risque de « renvoi en chaîne » vers la Macédoine du Nord puis la Grèce auxquels elle les exposait. L'Etat quant à lui, comme la Bulgarie et la Pologne, autorisés à intervenir à l'audience,

© Editions A. Pedone

défendait vigoureusement la nécessité pour les requérants de démontrer les risques auxquels ils étaient soumis à titre personnel et s'opposait à l'engagement de la responsabilité étatique en cas de renvoi vers un pays intermédiaire, lorsque les personnes concernées ne sont pas de « véritables demandeurs d'asiles mais des migrants » (§ 135). Cette levée de boucliers s'accompagne des critiques les plus virulentes de l'affaire. En substance, la Hongrie réaffirme sa doctrine selon laquelle il n'existe pas un droit à être admis dans le pays de son choix pour y demander l'asile, arguant d'un risque d'« *asylum shopping* » qui serait à l'origine « de tensions sociales, d'un sentiment d'impuissance et d'une impression de perte de souveraineté dans les Etats concernés » (§ 109). Le gouvernement promeut un « retour aux règles de droit bien établies » pour, selon lui, « empêcher une escalade de la crise migratoire » en laissant les Etats déterminer souverainement les règles applicables en la matière (§ 110). Plus encore, l'Etat tente de couvrir cette diatribe essentiellement politique d'un vernis juridique, en arguant que la recherche du pays le plus favorable pour y déposer une demande d'asile serait constitutive d'un abus de droit. La Cour ne retient aucun de ces arguments et estime au contraire qu'il existe bien une obligation procédurale pour l'Etat de renvoi de vérifier que le pays tiers est un pays sûr, c'est-à-dire, notamment, que son système d'asile est fiable et accessible. Elle établit à cet égard que « la teneur des obligations découlant de l'article 3 pour l'Etat ordonnant l'expulsion n'est pas la même selon que le pays de destination est le pays d'origine du demandeur d'asile ou un pays tiers, et, dans ce deuxième cas, selon que l'Etat ordonnant l'expulsion a ou non procèdé à un examen au fond de la demande d'asile. Partant, la tâche de la Cour varie en principe en fonction de ces différents types de cas, sous réserve des griefs soulevés par le requérant concerné » (§ 142). En l'espèce donc, faute pour la Hongrie d'avoir examiné les craintes de persécution des requérants au Bangladesh ou les garanties dont ils pourraient bénéficier en Serbie, la Cour conclut à la violation de l'article 3 dans son volet procédural.

En second lieu, sur le terrain de l'article 5, la Grande Chambre a dû répondre dans les deux espèces à la question de savoir si la détention des migrants dans ces zones de transit pouvait s'analyser en des privations de libertés auxquelles l'article 5 est applicable. A cet égard, les critiques de la Russie sont acerbes. Elle explique notamment qu'il s'agit en l'espèce non pas d'une privation ni même d'une restriction à la liberté des requérants mais d'un exercice légitime du droit de l'Etat de refuser l'entrée sur le territoire national. Le gouvernement accuse alors la Cour d'encourager « les migrants à abuser du droit d'asile » (*Z.A. et al. c. Russie*, § 114) et lui reproche même « d''inventer' sur le terrain de la Convention – dont il souligne qu'elle ne garantit pas le droit d'asile – un droit nouveau imposant aux Etats d'autoriser toute personne se présentant comme demandeur d'asile à entrer sans entrave sur son territoire » (§ 118). Finalement, dans la mesure où les requérants, même s'ils ne pouvaient entrer sur le territoire russe, pouvaient néanmoins quitter la zone de transit aéroportuaire en gagnant un autre pays, leur situation ne pouvait constituer une privation de liberté. La Hongrie se joint bien entendu à ces arguments et soutient une position similaire dans ses observations, comme dans l'affaire *Ilias et Ahmed*, arguant que les requérants pouvaient quant à eux regagner la Serbie à leur convenance. Ici, la comparaison des deux affaires permet de cerner le cadre d'analyse que formalise la Cour quant à l'applicabilité de l'article 5 à ce type de situation. Dans les deux cas, elle fait usage de l'« éventail de facteurs » élaborés dans sa jurisprudence antérieure et tient compte à cet égard de « i) la situation personnelle des requérants et les choix opérés par eux, ii) le régime juridique applicable dans le pays concerné et l'objectif qui était le sien, iii) la durée du maintien, considérée notamment à la lumière du but qui était poursuivi et de

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

la protection procédurale dont les requérants jouissaient au moment des évènements, et iv) la nature et le degré des restrictions concrètement imposées aux requérants ou effectivement subies par eux » (*Z.A. et al. c. Russie*, § 138). Dans l'affaire russe, considérant que la situation des requérants était due en grande partie aux défaillances des autorités nationales et qu'ils ne disposaient pas d'une possibilité réelle de quitter la zone de transit puisqu'ils ne bénéficiaient que d'une liberté de circuler restreinte et étaient placés sous le contrôle de la police des frontières, la Cour conclut qu'elle s'analyse en une privation de liberté. Faute de base légale, elle ne saurait passer pour justifiée au regard de l'article 5. De manière plus surprenante, dans l'affaire hongroise, la Cour aboutit à la conclusion inverse à partir du même test d'applicabilité de l'article 5. Elle considère en effet que, dans la zone de transit frontalière – configuration à laquelle elle s'intéresse pour la première fois – les requérants disposaient d'une possibilité réaliste et non théorique de repasser la frontière en sens inverse. Partant, elle considère que leur détention ne constitue pas une privation de liberté, alors même qu'elle affirme dans le même arrêt que leur expulsion vers la Serbie s'analyse en un traitement contraire à l'article 3.

Ces deux arrêts sont révélateurs des enjeux de la crise migratoire dans laquelle ne cesse de s'enfoncer l'Europe et du malaise de la juridiction elle-même, prise entre la nécessité impérieuse de garantir l'effectivité du système conventionnel et la fronde de plus en plus virulente de certains Etats parties, assise sur des revendications souverainistes. La multiplication des gages de compréhension que la Cour adresse aux Etats, le minimalisme dont elle fait preuve eut égard aux conditions de séjour dans les zones de transit, les incohérences qu'elle assume au nom d'une interprétation stricte de l'applicabilité de l'article 5 ou encore la mobilisation hasardeuse du concept de vulnérabilité alimentent la confusion et font naître chez l'observateur, en dépit de la protection qu'elle accorde aux requérants dans les deux présentes espèces, une inquiétude latente quant à l'évolution de sa jurisprudence relative au traitement des demandeurs d'asile.

JULIE FERRERO

B. Droit des investissements

TRIBUNAL ARBITRAL CIRDI

Sentence du 24 octobre 2019, *CMC Muratori Cementisti CMC di Ravenna SOC. Coop. et autres c. Mozambique* (ARB/17/23)

Accord de Cotonou – *treaty Claim / contract Claim* – clauses d'arbitrage – arrêt *Achmea*

Une entreprise italienne ayant remporté un appel d'offre ouvert dans le cadre d'un programme de modernisation du réseau routier mozambicain financé par le Fonds européen de développement, demande aux autorités de Maputo le paiement de surcoûts liés aux travaux effectués. Ne pouvant parvenir à un accord, elle décide de porter l'affaire devant le CIRDI. Le Mozambique présente pas moins de six objections à la compétence du tribunal. Si certaines sont classiques (défaut de qualité d'investisseur, d'investissement, de différend en relation directe avec un investissement et nature contractuelle de la réclamation) d'autres présentent des questions beaucoup plus originales justifiant l'intérêt porté à cette sentence.

Le Mozambique affirme que l'opération ayant été financée par le Fonds européen de développement, seul l'arbitrage visé dans le contrat et prévu par l'accord de Cotonou serait accessible (Accord de partenariat entre les membres du groupe des Etats d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique d'une part et la Communauté européenne et ses Etats

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

membres d'autre part, 23 juin 2000, révisé en 2005 et 2010). L'article 30 de l'annexe IV de cet accord prévoit que « [l]e règlement des différends entre l'administration d'un Etat ACP ou l'organisation ou organisme pertinent au niveau régional ou intra-ACP et un entrepreneur, un fournisseur ou prestataire de services pendant l'exécution d'un marché financé par le cadre financier pluriannuel de coopération au titre du présent accord s'effectue : a) conformément à la législation nationale de l'Etat ACP concerné en cas de marché national ; et b) en cas de marché transnational : i) soit, si les parties au marché l'acceptent, conformément à la législation nationale de l'Etat ACP concerné ou à ses pratiques établies au plan international; ii) soit par arbitrage conformément aux règles de procédures qui sont adoptées par décision du Conseil des ministres lors de sa première réunion après la signature du présent accord, sur la recommandation du comité ACP-CE de coopération pour le financement du développement ». La question est, à notre connaissance originale devant un tribunal CIRDI. La prétention du Mozambique serait renforcée par l'article 91 de l'accord de Cotonou dispose que « [l]es traités, conventions, accords ou arrangements conclus entre un ou plusieurs Etats membres de la Communauté et un ou plusieurs Etats ACP, quelle qu'en soit la forme ou la nature, ne doivent pas faire obstacle à l'application du présent accord ».

Le tribunal conduit sur ce point une analyse des plus classiques au regard de l'article 30 de la convention de Vienne sur le droit des traités et considère que le TBI Italie – Mozambique et l'accord de Cotonou ne portent pas sur la même matière. Il n'est donc pas nécessaire d'établir une préséance de l'un sur l'autre, sauf en cas de conflit spécifique entre deux dispositions (§ 277). Si les deux clauses d'arbitrage peuvent sembler incompatibles, le tribunal retient que l'arbitrage CIRDI prévu par le TBI pourrait être vu comme une pratique bien établie du Mozambique au plan international, conformément à l'article 30.b.i de l'annexe IV de l'accord de Cotonou (§ 280). Surtout, le tribunal considère que le différend ne porte pas sur des allégations de violation du contrat, il ne serait donc pas pertinent de mobiliser la clause d'arbitrage qui renvoie au régime de l'accord de Cotonou (§ 291). Ainsi, le tribunal suit la position exprimée par le Comité *ad hoc* CIRDI de l'affaire *Vivendi* : « *A State cannot rely on an exclusive jurisdiction clause in a contract to avoid the characterisation of its conduct as internationally unlawful under a treaty* » (Comité *ad hoc* CIRDI, 3 juillet 2002, *Compania de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal c. Argentine* (ARB/97/3), décision sur la demande d'annulation, § 103). Dès lors, le tribunal conclut à l'indifférence pour le présent différend du régime d'arbitrage prévu par l'accord de Cotonou.

On pourrait être surpris de voir le Mozambique invoquer l'arrêt *Achmea* de la CJUE pour faire échec à la compétence du tribunal CIRDI (CJUE, 6 mars 2018, *Slowakische Republik c. Achmea*, aff. C-284/16 ; *RTDEur*, 2018, p. 597, nos obs.). Le défendeur affirme que cet arrêt a eu pour effet de priver de validité la clause d'arbitrage contenue dans le TBI Italie – Mozambique (§ 296). Le Mozambique affirme qu'une telle solution résulte de la déclaration des représentants des gouvernements des Etats membres du 15 janvier 2019 relative aux effets juridiques de l'arrêt *Achmea* rendu par la Cour de justice et à la protection des investissements dans l'Union européenne qui étend les effets de l'arrêt *Achmea* à la clause d'arbitrage contenue dans le traité sur la Charte de l'énergie, alors que ce traité réunit l'Union européenne, ses membres (à l'exclusion de l'Italie qui l'a dénoncée) et des Etats tiers. Il s'agit de considérer que l'accord de Cotonou, en tant qu'accord mixte, fait partie du droit de l'UE et donc doit faire échec à la

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

clause d'arbitrage contenu dans un accord conclu par l'Italie avec le Mozambique (§ 298). Sans que cela soit surprenant le tribunal insiste sur le fait que l'arrêt *Achmea* porte sur un TBI intra-européen et non sur un accord conclu par l'Union, ses membres et un Etat tiers (§ 318). Quant à la déclaration du 15 janvier 2019 sur laquelle se fonde largement le Mozambique, le tribunal rappelle qu'elle n'a été adoptée que par 22 des 28 membres de l'Union et que deux autres déclarations ont été adoptées par six autres membres s'écartant de la première déclaration sur la question des effets de l'arrêt *Achmea* sur l'arbitrage fondé sur le traité sur la Charte de l'énergie (notre commentaire de ces déclarations, *Cahiers de l'arbitrage*, 2019-4, à paraitre). Mais surtout, la référence au traité sur la Charte de l'énergie dans la déclaration du 15 janvier 2019 ne porte évidemment que sur les hypothèses de mise en œuvre intra-européenne de la clause d'arbitrage (§ 321). On ne saurait en tirer aucune conclusion relative à la nullité du consentement à l'arbitrage exprimé dans un TBI conclu par un Etat membre avec un Etat tiers. Il ne s'agit donc pas comme le prétend le Mozambique, de laisser un tribunal extérieur à l'Union se prononcer sur des éléments de droit de l'UE dans la mesure où le différend ne porte pas sur l'accord de Cotonou (et ne relève pas de l'article 30 de l'annexe IV) mais uniquement sur des allégations de violation du TBI (§ 327). Le tribunal établit donc sa juridiction sur le différend.

Sur le fond, les demandeurs affirment que le Mozambique a violé le standard du traitement juste et équitable (mesures incohérentes et contradictoires, frustration des attentes légitimes, mauvaise foi, défaut de transparence) ainsi que la clause de la nation la plus favorisée. Mais sur ces différents points les demandes sont mal étayées et le tribunal ne peut conclure qu'à l'absence de violation des dispositions pertinentes du TBI (§ 465).

JULIEN CAZALA

TRIBUNAL ARBITRAL CIRDI (MÉCANISME SUPPLÉMENTAIRE)
Sentence du 28 octobre 2019, *Oded Besserglik c. Mozambique* (ARB(AF)/14/2)

Traité non entré en vigueur – objection tardive – principe compétence-compétence

Un investisseur sud-africain conclut des accords avec deux entreprises publiques mozambicaines dans le but d'exploiter une flotte de pêche dans les eaux mozambicaines. Les relations se détériorent rapidement avec les autorités de Maputo et une procédure arbitrale est initiée pour appropriation irrégulière de deux navires de pêches et de parts sociales pour un montant évalué par le demandeur a plus de 90 millions de dollars.

La défense principale du Mozambique porte sur le fait que le TBI qu'il a conclu avec l'Afrique du sud en 1997 ne serait pas entré en vigueur et ne pourrait donc fonder la procédure arbitrale. Mais la part la plus substantielle de la sentence porte sur les conséquences de la présentation tardive par le Mozambique des objections à la juridiction (plus de deux ans et demi après la constitution du tribunal). Or, l'article 45.2 du règlement d'arbitrage du mécanisme supplémentaire du CIRDI précise bien que « [t]out déclinatoire fondé sur le motif que le différend ne ressortit pas à la compétence du Tribunal est soulevé auprès du Secrétaire général aussitôt que possible après la constitution du Tribunal et en tout Etat de cause au plus tard avant l'expiration du délai fixé pour le dépôt du contre-mémoire ou, si le déclinatoire se rapporte à une demande accessoire, avant l'expiration du délai fixé pour le dépôt de la réplique, sauf si les faits sur lesquels le déclinatoire est fondé sont inconnus de la partie à ce moment-là ». La seule échappatoire pour le Mozambique serait alors de prouver qu'à la date limite

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

fixée par le règlement d'arbitrage, il n'avait pas connaissance du fait que le traité, sur le fondement duquel un investisseur sud-africain lui réclame plus de 90 millions de dollars, n'est pas en vigueur. Or, comme le relève le tribunal, « *[t]he Article sets the "filing of the counter-memorial" as the outer time limit for raising the objection because it is reasonable to expect that one of the first things a State, faced with a treaty-based claim by an investor, would do is to examine its records, consider its defense and raise objections, if any, to the competence of the Tribunal* » (§ 270). Le tribunal examine néanmoins les éléments invoqués par le Mozambique pour justifier sa méconnaissance du statut du TBI. Le fait que le site internet du CIRDI ait pu indiquer que le traité était en vigueur (l'information a depuis été corrigée) ne saurait évidemment créer ni droit ni obligation (§ 275) et ne peut justifier la méconnaissance de l'Etat de ses engagements par le Mozambique (§ 282). Dans le même sens, même si l'Afrique du sud n'a pas été des plus claires sur la question du statut du TBI, il était aisé pour le Mozambique de rechercher dans ses propres archives l'absence ou l'existence d'une notification sud-africaine relative à l'accomplissement des procédures constitutionnelles permettant, conformément à l'article 12.1, l'entrée en vigueur du TBI (§ 293). Le tribunal conclut donc que le défendeur n'a pas rempli l'obligation d'objecter à sa compétence aussitôt que possible après sa constitution (§ 297).

Le tribunal écarte également l'invocation par le demandeur de l'article 33.3 du règlement d'arbitrage du mécanisme supplémentaire qui permet de décider de tenir compte d'actes (ici l'objection à la compétence) accomplis après l'expiration du délai prévu si les circonstances particulières le justifient (§ 303). Dans le même sens, le tribunal rejette l'invocation de l'article 34 du même règlement d'arbitrage qui permettrait au tribunal de considérer qu'une des parties à renoncer à son droit d'objection si elle s'est abstenue de l'exercer alors qu'elle avait connaissance d'une violation du règlement d'arbitrage. Il s'agit ainsi de s'intéresser à la réaction de l'investisseur au caractère tardif de l'objection présentée par le défendeur mais le tribunal considère que les conditions ne sont pas remplies (§ 307).

A ce stade, le tribunal semble se diriger vers une solution des plus douteuses en ce qu'il pourrait, du fait du défaut d'objections présentées en temps utile par le défendeur, exercer sa compétence sur le fondement d'un traité dont il est établi qu'il n'est pas en vigueur.

La situation serait évidemment déroutante. Reste évidemment, et l'on peut s'étonner que le tribunal n'y recoure qu'après la page 80 de la sentence, l'article 45.3 du règlement d'arbitrage du mécanisme supplémentaire qui dispose de manière aussi raisonnable que classique que « [l]e Tribunal peut, de sa propre initiative et à tout moment de l'instance, examiner si le différend qui lui est soumis ressortit à sa compétence ». On sait que dans l'affaire *Pac Rim*, un tribunal CIRDI avait conclu qu'il a un « *duty, right and competence to satisfy itself that all jurisdictional requirements are fulfilled, regardless of the particular stage of the arbitration* » (T. CIRDI, 14 octobre 2016, *Pac Rim Cayman LLC c. Salvador* (ARB/09/12), sentence, § 5.34). C'est ainsi que le tribunal souligne enfin qu'un « *treaty which is not in force cannot be deemed in force due to the delay or silence of a party in this regard* » (§ 316) ou encore que « *[t]he conduct of a respondent cannot confer jurisdiction on a tribunal where none exists* » (§ 320).

Le tribunal se penche donc sur le statut du traité. On sait que conformément à la règle coutumière codifiée à l'article 24.1 de la convention de Vienne de 1969 qu'un traité entre en vigueur suivant les modalités et à la date fixées par ses dispositions. Le TBI indique

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

clairement qu'une notification mutuelle portant sur l'accomplissement des procédures internes conditionne l'entrée en vigueur. Le tribunal précise bien que la condition à l'entrée en vigueur n'est donc pas la ratification mais la notification de celle-ci (§ 341), or rien ne prouve que les deux Etats aient procédé à un tel échange quand bien même chacun aurait procédé à la ratification (§ 371). Il n'est donc pas nécessaire en l'absence d'une telle notification de rechercher si le traité est ou non soumis à ratification. On ne saurait contester une telle solution, mais s'il était établi que les deux parties ont ratifié le traité (ce qui n'est pas le cas pour l'Afrique du sud), pourrait-on vraiment attendre d'un investisseur qu'il sache qu'en l'absence de notification requise, ce traité ratifié ne serait pas en vigueur.

Enfin, si le tribunal devait conclure que le traité n'est pas entré en vigueur, le demandeur affirme qu'il pourrait s'en prévaloir en application du principe d'estoppel (§ 214) dans la mesure où les autorités mozambicaines auraient laissé croire que le traité était entré en vigueur. On retiendra qu'il est assez inhabituel que l'argument de l'estoppel soit mobilisé, là où ce type de circonstances conduit le plus souvent l'investisseur à invoquer la protection de ses attentes légitimes. Le tribunal retient qu'il n'est pas prouvé que le demandeur, avant de réaliser son investissement, se serait fondé sur une représentation faite par le défendeur (la protection du traité) et en aurait par la suite subi des conséquences négatives (§ 425). L'argument est donc légitimement rejeté et le tribunal, à l'issue d'un examen dont on peut penser qu'il aurait pu être plus direct, conclut à son incompétence (§ 452).

JULIEN CAZALA

TRIBUNAL ARBITRAL CIRDI
Sentence du 13 novembre 2019, *Magyar Farming Company Ltdn Kintyre Kft and Inicia Zrt c. Hongrie* (ARB/17/27)

Contentieux intra-européen – expropriation – *police powers*

Des investisseurs britanniques ont acquis en 1998 une exploitation agricole en Hongrie disposant notamment d'un bail pour exploiter 760 hectares de terres appartenant à l'Etat. La législation hongroise de l'époque ouvre au preneur le droit de s'aligner sur toute offre de location formulée par un tiers à l'issue du bail et ainsi de maintenir sa position de preneur (mécanisme de pré-bail). Afin de redynamiser le tissu rural, les autorités hongroises adoptent en 2010-2011 une nouvelle législation visant à favoriser la location des terres étatiques par des agriculteurs, personnes physiques, jeunes et résidant sur l'exploitation et supprime le mécanisme de pré-bail. A l'approche du terme du bail, les investisseurs britanniques répondent sans succès à l'appel d'offres pour conclure un nouveau bail sur les terres louées à l'Etat et ne parviennent pas à faire valoir leur droit de pré-bail. Ils proposent de vendre à l'Etat ce qu'il reste de leur exploitation agricole pour 16 millions d'euros ; en 2017, l'agence de gestion des biens publics propose de racheter cette exploitation pour 2.2 millions d'euros.

Faute d'accord, les investisseurs déposent une requête arbitrale devant le CIRDI sur le fondement du TBI Hongrie – Royaume-Uni de 1987. Le défendeur objecte à la juridiction du tribunal. La première objection porte sur la nature intra-européenne du différend dans le prolongement de l'arrêt *Achmea*. Le tribunal adopte une position très classique en indiquant ne pas être lié par cet arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) qui ne remet pas en cause la validité des bases de sa compétence (§ 248).

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

Plus intéressants sont les développements relatifs à l'étude de la clause d'arbitrage. En effet, l'article 8 du TBI Hongrie – Royaume-Uni limite le recours à l'arbitrage aux cas de différends relatifs à des mesures d'expropriation (art. 6 du TBI). Il convient donc de déterminer si le tribunal a été saisi d'un tel différend. La thèse de la Hongrie consiste à affirmer que le bail a pris fin et que les investisseurs disposent toujours de la partie résiduelle de leur exploitation agricole ; en outre, le droit de pré-bail, s'il existe, ne saurait constituer un investissement (§ 258). A l'inverse, les investisseurs affirment que le bail n'a pas pris fin dans la mesure où ils ont exercé leur droit de pré-bail en avril 2014 (§ 261). Dès lors, le désaccord sur le point de savoir si les investisseurs sont titulaires de droits pouvant être expropriés, et s'ils l'ont été, constitue bien un différend relatif à l'article 6 du TBI pertinent (§ 281).

Le tribunal recherche si la suppression dans la législation de 2011 du droit de pré-bail au profit des preneurs constitue une expropriation. Il considère que les investisseurs avaient, avant la révision législative de 2011, un droit acquis (§ 342) dans la mesure où les investisseurs étrangers ne peuvent être propriétaires de terres agricoles, le droit de pré-bail constituait une garantie fondamentale pour assurer un investissement de long terme (§ 360). Il ne s'agit pas nier le pouvoir de l'Etat de modifier sa législation, mais d'affirmer qu'il ne pouvait le faire que dans le respect de ses engagements internationaux (§ 347). Ainsi, le tribunal conclut que la Hongrie avait le droit de priver de droit de pré-bail les preneurs de baux conclus après 2011, mais devait accorder une compensation aux preneurs titulaires de baux conclus antérieurement et auxquelles elle entendrait dénier ce droit. Mais, cette exigence peut être limitée si l'on reconnait que la révision législative s'inscrit dans l'exercice des *police powers* de l'Etat. Le tribunal souligne qu'il est bien délicat d'identifier une ligne de partage claire entre expropriation ouvrant droit à compensation et exercice légitime du pouvoir réglementaire qui serait exemptée d'une telle obligation financière pour l'Etat. Le tribunal se contente d'affirmer qu'il n'est pas démontré que la réforme prônée par les autorités hongroises devait être conduite aux dépens des droits acquis par les demandeurs (§ 367). On peut regretter la brièveté de l'analyse du tribunal dans un contexte d'invocation de plus en plus fréquente dans le contentieux de l'investissement de la doctrine des *police powers* par les Etats défendeurs. La mesure est donc expropriatrice et n'a donné lieu au versement d'aucune compensation. Le tribunal accorde aux investisseurs une réparation de plus de 7 millions d'euros.

JULIEN CAZALA

TRIBUNAL ARBITRAL CENTRE D'ARBITRAGE INTERNATIONAL DE HONG KONG
Sentence finale du 24 sept. 2019, *Jin Hae Seo c. République de Corée* (HKIAC n° 18117)

Définition de l'investissement – nationalité de l'investisseur – expansion de l'investissement

L'affaire *Jin Hae Seo* n'est pas des plus spectaculaires mais mobilise deux des questions les plus fondamentales du droit des investissements : la nationalité de l'investisseur et la définition de l'investissement. La demande porte sur des allégations d'expropriation de biens immobiliers appartenant à la demanderesse à Séoul et invoquant le bénéfice de l'accord de libre-échange Corée - Etats-Unis de 2007 (entré en vigueur en 2012). La compétence du tribunal est contestée par le défendeur sur le fondement des articles 11.20.6 et 11.20.7 de ce traité qui permet de statuer selon une procédure accélérée.

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

On sait, concernant la définition de l'investissement (protégé), la controverse opposant partisans de l'approche exclusivement subjective à ceux prônant le recours au double-test (pour une illustration récente : CA Paris., Pôle 1, ch. 1, 24 septembre 2019, *République de Moldavie c. Société Komstroy*, n° 18/14721 ; voir « Chronique de jurisprudence française en matière de droit international public », *Revue*, 2020-1, nos obs.). Le traité de libre-échange Corée – Etats-Unis retient, comme cela est heureusement de plus en plus fréquent, une définition qui évite, ou au moins réduit l'incertitude. Avant de lister les opérations pouvant entrer dans la notion il est indiqué que « *investment means every asset that an investor owns or controls, directly or indirectly, that has the characteristics of an investment, including such characteristics as the commitment of capital or other resources, the expectation of gain or profit, or the assumption of risk* » (art. 11.28).

Le tribunal retient que la condition de l'apport est satisfaite mais est particulièrement disputée la question de savoir si par l'acquisition de biens, la demanderesse attendait la réalisation d'un profit. En effet, seule une part des biens immobiliers en question était destinée à la location, tandis que le reste était destinée à l'habitation de membres de sa famille. Ainsi, le tribunal considère que lors de l'acquisition des biens, l'objectif principal de la demanderesse n'était pas de réaliser un investissement locatif (§ 126), il est dès lors douteux selon le tribunal de conclure qu'il y avait une attente de profit. Quant à l'étude du risque, l'analyse du tribunal n'est que partiellement convaincante. Le demandeur invoque quatre risques : la dépréciation de la valeur du bien, le risque d'expropriation, le risque de voir son bien saisi, le risque de revenus locatifs moindre qu'attendus. Le tribunal estime, de manière assez rigide, spécialement pour le 1er point, que les trois premiers types de risques sont inhérents à la possession de tout avoir et ne sauraient correspondre à la définition du risque visé par l'accord Etats-Unis – Corée (§§ 130-132). Le quatrième type de risque (le montant des revenus locatifs) est largement lié à l'existence même d'une attente de gain ; le tribunal conclut donc, comme dans le point précédent à l'existence douteuse d'un risque (§ 134). Tous ces doutes cumulés vont conduire le tribunal à considérer qu'il n'y a pas eu d'investissement. La conclusion est assez déroutante ; le tribunal semble clairement marqué par l'idée que la modestie de l'opération économique à l'origine du différend devrait empêcher la demanderesse de bénéficier de la protection des dispositions du traité. Il indique qu'il « *is not convinced that the KORUS FTA was meant to protect as an investment the purchase of a relatively modest residential property which is initially used as the private dwelling of the owner's familly and only subsequently and partially rented out. The Tribunal considers that the Claimant's ownership of the Property is simply too far away from the idea of an ''investment'' within the meaning of the KORUS FTA* » (§ 139).

Bien que cela suffise à considérer que le tribunal ne peut exercer sa juridiction sur le différend, celui-ci entend répondre à la seconde objection relative à l'absence d'investissement protégé. L'article 1.2 de l'accord de libre-échange dispose que « *with respect to a Party, an investment, as defined in Article 11.28 (Definitions), in its territory of an investor of the other Party that is in existence as of the date of entry into force of this Agreement or established, acquired or expanded thereafter* ». Aucune des deux branches de l'alternative n'est satisfaite en l'espèce. Le demandeur n'a acquis la nationalité américaine qu'un an après l'entrée en vigueur de l'accord Corée – Etats-Unis. Le tribunal et les deux parties s'accordent pour considérer que pour cette raison, il n'est

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

pas possible de conclure qu'il existait un investissement protégé à la date de l'entrée en vigueur de l'accord. Reste donc seule ouverte la seconde branche de l'alternative, l'établissement, l'acquisition ou l'expansion d'un investissement après l'entrée en vigueur de l'accord. L'expansion de l'investissement retient particulièrement l'attention. La nature des opérations invoquées par la demanderesse laissait peu de place au doute : le pavage et la fermeture du parking et le changement de la tapisserie dans une chambre d'un des biens immobiliers. Cela devrait suffire à justifier la solution dégagée par le tribunal, mais celui-ci semble vouloir poser un principe auquel on aura bien du mal à se rallier : la seule part de l'opération réalisée alors qu'elle possédait la nationalité américaine ne peut pas, selon le tribunal, se voir reconnaitre la qualification d'expansion de l'investissement au sens du traité de libre-échange Etats-Unis – Corée car elle ne représente qu'une part modique de l'opération totale (7.4 millions de wons - environ 5500 euros - contre 330 millions de wons - environ 250 mille euros) (§§ 165-167). En insistant sur la part des ajouts par rapport à l'opération initiale plutôt que la nature de celles-ci, le tribunal pose un critère à l'usage bien incertain.

JULIEN CAZALA

III. CONTENTIEUX NON-ÉTATIQUE

A. Droit pénal international

COUR PÉNALE INTERNATIONALE
Sentencing Judgement du 7 novembre 2019, *Trial Chamber VI, Situation in the Democratic Republic of the Congo in the case of the Prosecutor v. Bosco Ntaganda* (ICC-01/04-02/06)

CPI – peine – circonstances aggravantes – circonstances atténuantes – République démocratique du Congo

Après avoir été condamné le 8 juillet 2019 pour 18 chefs de crimes de guerre et crimes contre l'humanité (voir cette Chronique, *Revue,* 2019-4, nos obs.), Bosco Ntaganda bat un nouveau record avec ce nouveau jugement qui le condamne à la plus lourde peine jamais prononcée à ce jour par la CPI, soit une peine totale de 30 ans d'emprisonnement (§ 251 et dispositif).

Il s'agit là d'une peine « globale » pour l'ensemble de crimes dont l'accusé a été reconnu coupable, conformément à l'article 78, paragraphe 3 du Statut de Rome : outre les peines spécifiques (de 8 à 30 ans d'emprisonnement) pour chacun des crimes dont Ntaganda a été retenu coupable (§§ 87, 89, 132, 156, 173, 177 et 198), la Chambre se devait de prononcer également « (…) une peine unique indiquant la durée totale d'emprisonnement » qui « (…) ne peut être inférieure à celle de la peine individuelle la plus lourde et ne peut être supérieure à 30 ans ou à celle de la peine d'emprisonnement à perpétuité (…) ». Les juges ayant estimé que les crimes commis n'étaient pas suffisamment graves pour prononcer une peine d'emprisonnement à perpétuité (§ 250), c'est la peine la plus lourde à laquelle Ntaganda a été condamné (pour le crime de persécution) qui est retenue au final (§ 249). Et, eu égard aux crimes commis et à la solvabilité de Ntaganda, les juges de première instance n'ont pas estimé approprié d'ajouter à l'emprisonnement une amende ou une confiscation de biens (§ 247).

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

Pour aboutir à ce résultat, les juges de la Cour se sont basés non seulement sur la gravité des crimes commis et le préjudice causé par chacun d'eux, mais aussi sur le degré d'intention et de participation de Bosco Ntaganda (§§ 44-77, 95-120, 136-150, 158-168, 175-176 et 179-192). La Chambre n'a retenu aucune circonstance atténuante, estimant que celles invoquées par la Défense n'étaient pas établies ou que leur impact était trop limité pour avoir une incidence sur les peines prononcées (§§ 208-245). Non convaincue par son témoignage, la Cour a notamment rejeté l'argument selon lequel les circonstances personnelles de Ntaganda, lui-même victime du génocide rwandais, auraient dû selon la Défense être prises en compte pour atténuer de façon substantielle la peine (§§ 209-210).

A l'inverse, la Chambre va reconnaître l'existence de circonstances aggravantes pour un certain nombre de crimes (§§ 78-85, 121-129, 151-154, 169-171 et 193-196), à l'exception de celles alléguées par l'Accusation et l'un des Représentants légaux des victimes à propos de pressions exercées sur des témoins qui n'ont pas été prouvées au-delà de tout doute raisonnable (§§ 202-206).

Si ce jugement ne surprend personne – y compris la Défense – compte tenu de la décision de première instance, l'affaire n'en est pas pour autant entendue : comme pour le verdict du 8 juillet dernier, les avocats de Bosco Ntaganda ont exprimé leur intention et celle de leur client de faire appel de ce jugement.

RÉMY PROUVÈZE

COUR PÉNALE INTERNATIONALE

Décision du 14 novembre 2019, Chambre préliminaire III, *Situation in the Republic of Myanmar, Decision pursuant to article 15 of the Rome on the autorisation of an investigation into the situation in the people's republic of Bangladesh/Republic of the Union of Myanmar* (ICC-01/19)

Victimes – comportement criminel – compétence territoriale – déportation – *proprio motu*

La situation au Darfour a conduit à une démultiplication des recours contre les exactions du régime birman devant les juridictions nationales et internationales, à l'image de la plainte en Argentine, pour torture, disparitions forcées ou abus sexuels ou de la saisine de la CIJ par la Gambie pour génocide. Mais les exactions réalisées à l'encontre des rohingyas ont été examinées bien avant cette prise de conscience mondiale par le Bureau du Procureur de la CPI. Cet examen de la situation birmane a été également l'occasion pour la Cour de confirmer sa nature pénale en comblant notamment les lacunes du Statut de Rome tant par une précision du pouvoir *proprio motu* du Procureur, que de la compétence territoriale.

Le 6 septembre 2018, le Bureau du Procureur avait obtenu de la chambre préliminaire I, la reconnaissance de la compétence de la Cour sur la situation birmane si un crime était commis, au moins partiellement, sur le territoire d'un Etat partie. L'acceptation par la première Chambre de la compétence de la Cour dans la situation birmane a non seulement renforcé la teinte inquisitoire du statut de Rome en permettant de distinguer l'enquête préliminaire de l'instruction, mais a également permis de lever la confusion entre enquête et déclenchement de l'action publique en vertu du pouvoir *proprio motu* du Procureur de l'article 13c (§ 42). Ainsi, après une enquête de plus de 6 mois, le Bureau du Procureur a sollicité le 4 juillet 2019 à la Chambre préliminaire III, l'autorisation de débuter une enquête sur la situation concernant le Bangladesh et la

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

Birmanie concernant des faits perpétrés depuis le 9 octobre 2016, des crimes dont au moins un élément a eu lieu sur le territoire bangladais, ayant eu lieu pendant les deux vagues de violence survenus sur le territoire birman, dans la région de Rakhine ou tout évènement connexe (§ 41), en vertu de l'article 15(4) du Statut de Rome. Bien que le gouvernement birman ait déclaré publiquement le manque de compétence de la Cour sur la situation (*Supplementary Information for Request for authorisation of an investigation pursuant to article 15*, 21 octobre 2019, ICC-01/19-17), il n'a déposé aucune contestation d'admissibilité devant la Cour (§ 116).

La Chambre préliminaire III a, dans la décision d'espèce, placé les victimes au centre du déclenchement de l'action publique internationale, investissant le Procureur d'un rôle d'instrument de déclenchement de l'action publique agissant pour leur compte. En effet, la Chambre a, d'une part, prorogé le délai de sa décision du fait de multiples demandes de représentation de victimes en vertu de l'article 15 (3) présentées à la section de représentation des victimes de la Cour jusqu'au 11 novembre 2019. Mais la définition de ces acteurs du procès ne bénéficie pas d'une conception unitaire. Or, pour leur attribuer les droits garantis par le *corpus juris* de la CPI, la Chambre a dû déterminer si les groupes des victimes de l'espèce pouvaient être assimilés à une victime, autrement dit à une « (…) personne physique qui a subi un préjudice du fait de la commission d'un crime relevant de la compétence de la Cour » ou à une « (…) organisation ou institution dont un bien consacré à la religion, à l'enseignement, aux arts, aux sciences ou à la charité, un monument historique, un hôpital ou quelque autre lieu ou objet utilisé à des fins humanitaires a subi un dommage direct » (règle 85 du RPP). Cette qualification est également nécessaire dans le cadre des articles sur lesquels reposent les crimes identifiés par le Bureau du Procureur, à savoir la déportation, les persécutions et autres actes inhumains, constitutifs de crimes contre l'humanité (§ 95). En effet, la persécution exige l'existence d'un groupe, tandis que la déportation suppose le déplacement de force de personnes physiques.

Pour réaliser cette qualification, à l'instar de l'affaire présentée devant la CIJ, la Chambre préliminaire III a été contrainte d'envisager la question de la dénomination en tenant compte des critères objectifs et subjectifs (§ 102). Le terme « rohingya » est contesté par le gouvernement birman qui considère les habitants de la région frontalière du Bangladesh comme des « bengalis » (§ 13) ou une « communauté musulmane » (§ 15). La Chambre, conformément aux positions du Procureur (§ 14) et de l'Assemblée générale des Nations Unies, décide donc d'avoir recours à ce terme sans pour autant en déduire une quelconque acceptation des faits ou la reconnaissance du groupe (§ 17). Elle évacue donc toute analyse approfondie de la question, préconisant toutefois une recherche ultérieure de qualification (§ 17). La Chambre reconnait cependant la participation des « petits groupes familiaux », de villages et « des représentants d'une communauté plus large comme les réfugiés d'un même camp ». La Chambre entend donc à ce stade la notion de victimes physiques de manière large et excipe un critère de reconnaissance des victimes indirectes : l'appartenance à une communauté localisée (§ 22). Celles-ci représentent les victimes directes qui ont subi diverses atteintes à leurs droits fondamentaux tels que des arrestations de masse (§ 30) à l'unité de leurs familles (§ 36), à leur intégrité physique perpétrés sur le chemin du Bangladesh (§ 29), ou encore à l'intégrité de leurs propriétés (§ 32).

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

Toutefois, l'ensemble de ces actes ayant eu lieu sur le territoire de la Birmanie, la compétence territoriale n'est donc pas établie *a priori* (§ 93). Dès lors, afin d'en vérifier l'application, la Chambre doit déterminer l'existence des éléments constitutifs des deux crimes contre l'humanité présentés par le Procureur. La Cour revient ainsi sur le terme « *conduct* » de l'article 12 (2)(a) du Statut relatif à la compétence territoriale afin de distinguer le crime et le comportement criminel. Pour la Chambre, l'article 20 supposerait que le terme « *conduct* » constitue l'*actus reus* des crimes visés par le Statut et serait susceptible d'englober les conséquences d'un tel comportement (§ 46). Or, cette approche semble exagérément intégrative. En effet, le dol requis par le Statut dans l'établissement d'un crime relevant de la compétence de la Cour (Article 30-1 du Statut de Rome) diffère selon l'*actus reus* exigé. L'article 30-2 du statut dispose en effet que le comportement suppose un dol spécial tandis que la conséquence d'un acte ou d'un comportement criminel autorise le dol général. De surcroît, la conséquence peut être le fait de la victime, c'est-à-dire dans le cadre de certains crimes, le comportement de la victime ou la cause du comportement de la victime résultant d'une conduite attribuable à l'auteur présumé (§ 51). La Chambre semble donc entendre le critère de la base raisonnable de l'article 53-1-a de manière très extensive. Or, la base raisonnable aurait supposé *a minima* la recherche d'un dol général. En effet, la Chambre elle-même rappelle que le crime ne peut être assimilé au simple comportement criminel. La Chambre se concentre donc sur la réalisation de l'acte criminel sans s'interroger sur le *mens rea*, notamment quand elle examine la condition préalable à l'exercice de la compétence de la Cour de l'article 12 (2)(a), autrement dit l'existence de la compétence territoriale de la Cour (§ 54). Pour ce faire, la Chambre préliminaire III réalise une étude comparative nationale du principe de territorialité qu'elle voudrait être le reflet du droit international coutumier (§ 61) alors que seuls vingt-six systèmes nationaux ont été convoqués parmi lesquels plusieurs Etats d'influence majeure sont absents. Cette étude inachevée lui permet d'opérer une taxonomie des différentes hypothèses, à savoir les principes de territorialité objective, subjective, d'ubiquité, la théorie de l'élément constitutif ou encore la doctrine des effets (§ 55). Ce faisant, la Chambre assimile l'exercice par la CPI de ses compétences à celui d'un Etat et lui attribue un pouvoir discrétionnaire quant au choix du principe de territorialité (§§ 58, 60) puisque le Statut ne prodigue aucune indication à sa juridiction. La chambre justifie l'octroi de ce pouvoir discrétionnaire par l'atteinte au principe d'interprétation effective et de bonne foi en cas d'une restriction de la compétence de la Cour aux seuls crimes ayant été réalisés en totalité sur le territoire d'un Etat partie (§ 59). Le cas échéant, la Cour ne pourrait connaître des conflits armés internationaux impliquant des Etats non parties. Une telle restriction porterait donc atteinte à la volonté des Etats parties. Par cette justification, la Chambre met également un terme aux critiques doctrinales quant à l'analyse du Bureau du Procureur de la déportation comme infraction permanente, qualification de droit interne d'une infraction dont les effets se prolongent dans le temps. Pour la Chambre préliminaire, l'espèce répond donc aux principes de territorialité objective, d'ubiquité, et à la théorie des éléments constitutifs (§ 62).

Dans le cas du crime de déportation, le comportement de la victime ou sa réponse doivent être consécutifs à un environnement coercitif (article 7 [1] des éléments des crimes) (§ 52). Le Procureur estime, qu'en l'espèce, le crime de déportation était constitué lorsque les victimes ont fui le territoire sur lequel elles étaient présentes légalement, à la suite d'un environnement et d'actes coercitifs. La Chambre procède donc à l'analyse contextuelle

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

pour en vérifier l'existence et a donc requalifié les *actus reus* identifiés par le Procureur en faits contextuels tels que les opérations de nettoyage (§ 65). La Chambre préliminaire prend note de l'illustration, de l'environnement coercitif par la suppression progressive de la citoyenneté ou encore par les sévères violations de leurs droits fondamentaux pendant des décennies (§ 67). L'environnement coercitif équivaut donc au plan commun (§ 69). En l'espèce, la discrimination subie par les rohingyas après les évènements de 2012 (§ 70), par les autorités birmanes identifiées par les victimes, les schémas récurrents de violence oppression institutionnalisée déclarations publiques de responsables de haut rang, l'échec à poursuivre les auteurs des crimes ou à prévenir de la récidive d'autres crimes (§ 90), ont conduit le Procureur à considérer l'existence d'une politique étatique de ciblage de la population rohingya. Dès lors, seule l'existence de ce plan commun, semblerait établir l'existence de l'élément intentionnel. Enfin, selon le Procureur, l'ensemble de ces actes systématiques serait la cause du transfert forcé, puisque, pour tous, la seule manière de faire cesser ces atteintes était de fuir au Bangladesh (§ 22). En outre, les survivants des massacres allégués (§ 28) se trouvent dans l'impossibilité de rentrer en Birmanie (§ 28). En outre, la compétence temporelle ainsi que le seuil de gravité sont également relevés par la Chambre préliminaire. Ainsi, entre 2016 et 2017, 787.000 rohingyas ont été forcés de fuir au Bangladesh (§§ 104-105) tandis qu'il ne subsiste que 10 pour cent des rohingyas originaux dans le rakhine (§105). Le seuil de gravité a ainsi été atteint par le seul nombre de victimes potentielles (§ 118).

Par conséquent, la Chambre note que les crimes invoqués ont été réalisés en partie sur le territoire du Bangladesh (§ 114) *a minima* depuis le 9 octobre 2016. Elle estime que le Procureur peut raisonnablement croire que le comportement coercitif a conduit à la déportation des rohingyas donc dirigée contre un groupe identifiable et pourrait être qualifiée de crime contre l'humanité de déportation (§§ 108-109). Il existe, en effet, une base raisonnable que le 6 octobre 2016 des membres de l'armée birmane avec d'autres forcées armées et une partie de la population ont accomplis des actes coercitifs qui pourraient être qualifiés de crimes contre l'humanité de déportation et persécution pour motifs religieux (§ 110). Dès lors, la Chambre autorise l'enquête sur les crimes dont une partie s'est déroulée au Bangladesh (§ 124) qui ne saurait contrevenir aux intérêts de justice satisfaisant aux exigences de l'article 53-1-c, du fait de la gravité des crimes allégués couplée à la volonté des victimes de l'ouverture d'une enquête (§ 119). La Chambre préliminaire semble donc restreindre son contrôle de l'activité d'enquête du Procureur au minimum lorsque l'exercice de son pouvoir proprio motu est accompagné d'un nombre suffisant de demandes de représentation des victimes puisqu'il lui permet de dépasser les faits présentés et de leur qualification provisoire tant qu'un des éléments constitutifs ait lieu au Bangladesh (§ 111). Cette décision confirme donc le dépassement d'un Procureur considéré comme répondant aux velléités des Etats en matière de justice au profit d'une véritable figure de contre-pouvoir. Mais cette marque de confiance de la Chambre préliminaire risque d'avoir un coût certain pour un Bureau du Procureur. Déjà honni d'une grande partie des Etats et de la société civile déçue de son inaction dans certaines situations telles que la Syrie, bien qu'il n'en ait pas le pouvoir. Il appartiendra au futur Procureur de se montrer digne de cette confiance déjà battue en brèche par les différents recours concurrents et la mise en place d'un tribunal spécial en Birmanie.

AUDE BRÉJON

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

CHAMBRES EXTRAORDINAIRES AU SEIN DES TRIBUNAUX CAMBODGIENS

Décision de la Chambre préliminaire des CETC dans le dossier 004/02 du 19 décembre 2019, *Considérations relatives aux appels interjetés contre les Ordonnances de clôture* (document D359/24)

Chambre préliminaire – pouvoirs d'instruction – droit inquisitoire – sécurité juridique

A l'aube de leur fermeture, les Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens (ci-après CETC) semblent enfin avoir trouvé une véritable direction grâce à leur Chambre préliminaire, contrainte d'effectuer une mise au point quant à la nature procédurale de cette juridiction aux organes bicéphales. Ainsi, la décision d'espèce constitue le point final d'une longue série de questionnements procéduraux que la Chambre préliminaire a tardé à résoudre. Saisie de trois appels interjetés contre les deux ordonnances de clôture contradictoire, la Chambre préliminaire a dû statuer sur le renvoi devant la Chambre d'Ao An, responsable adjoint du camp de travail forcé de Spean Sreng, dans le cadre du dossier 004.

Dès 2008, la décision de poursuivre cet accusé a constitué une source de discorde entre les co-procureurs dont a été saisie la Chambre préliminaire. Autorisé par cette dernière à présenter son réquisitoire introductif, le co-procureur international a donc saisi, le 7 septembre 2009, les co-juges d'instruction pour crimes contre l'humanité, génocide et autres crimes visés par le Code pénal cambodgien de 1956, perpétrés par Ao An. Le 18 août 2017, la co-procureure cambodgienne a déposé un réquisitoire définitif de non-lieu tandis que son homologue international déposait trois jours plus tard, un réquisitoire définitif de renvoi d'Ao an devant la juridiction de jugement. Considérant le dépôt d'ordonnances de clôture distinctes et contraires comme autorisé par l'ensemble normatif des CETC, les co-juges d'instruction ont rendu deux ordonnances contradictoires le 16 août 2017, contestées en 2018 par les deux co-procureurs et les co-avocats d'Ao An. De ce fait, la Chambre préliminaire a dû mettre un terme à ces divergences dans le dossier 004/02.

Avant de déterminer l'étendue des pouvoirs des co-juges d'instruction, la Chambre préliminaire débute son analyse par l'établissement de son statut. Pour ce faire, elle assimile ses fonctions à celle d'une Chambre préliminaire du système pénal cambodgien. Dès lors, quand elle est saisie d'un appel contre une ordonnance de non-lieu, la Chambre préliminaire peut décider de poursuivre elle-même l'instruction de l'affaire, particulièrement en cas de lacune du Règlement intérieur, puisqu'elle agit en tant que « juridiction de contrôle au stade de l'instruction » (§ 34) statuant en dernier ressort (§ 41). Elle estime donc être compétence pour examiner des questions préjudicielles avant de statuer au fond, « y compris ce que la chambre préliminaire a identifié au fil des ans comme des questions d'importance générale pour la jurisprudence et l'héritage des CETC et/ou ses pouvoirs inhérents lorsqu'elle examine une ordonnance de clôture » (§ 50). Les pouvoirs de révision d'une telle qualification lui permettent également de purger de leurs irrégularités les actes de la phase préliminaire au procès ou encore de réviser le travail des juges d'instruction afin de satisfaire à son devoir de manifestation de la vérité (§ 48). Ces compétences lui permettent donc d'être assimilée à une Chambre de l'instruction, malgré la réticence des co-juges d'instruction à la considérer comme telle (§ 39) « au mépris de l'ordre juridique des CETC » (§ 35). En effet, au lieu de recourir aux principes de droit inquisitoire en vigueur au Cambodge, la Chambre préliminaire constate que les magistrats instructeurs ont tendance à utiliser des concepts de *common law* contrevenant à la procédure pénale cam-

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

bodgienne (§§ 79-81). Ce faisant, ils empêchent tout contrôle de la Chambre sur leurs actes (§ 36) au mépris de l'article 261 du code cambodgien de procédure pénale (§ 40) et restreignent l'amplitude de ses pouvoirs plus vastes que ceux conférés par les textes des CETC (§ 45), en vertu de l'appartenance de cette juridiction internationalisée au système inquisitoire cambodgien, inspiré par le modèle français (§ 38). Certes, l'ignorance du schéma procédural inquisitoire par certains magistrats issus du système anglo-américain au sein des CETC a indubitablement participé à l'inflation du contentieux pré-processuel des CETC. Mais ce conflit de cultures juridiques n'en constitue pas la seule cause. Le fondement systématique de la procédure cambodgienne sur les sources du droit français induit également en erreur quant à la véritable nature de la procédure pénale cambodgienne et donc des pouvoirs de la Chambre préliminaire. Dans son analyse, cette dernière maintient une confusion préjudiciable et contreproductive au regard des objectifs des CETC. D'une part, l'appel du procureur dans le dossier 002/01 a démontré que le droit pénal cambodgien et sa procédure possédaient une teinte inquisitoire avant l'arrivée du résident général français chargé du protectorat à Phnom Penh en 1863. Les textes pénaux cambodgiens ne sont pas fondés sur le modèle français mais ont été plutôt renforcés par son influence. D'autre part, les procédures pénales cambodgienne, mais aussi sénégalaise ou encore celle de la CPI (§ 43) ont évolué différemment de la procédure pénale française. Or, dans son analyse, la Chambre a recours à une doctrine française postérieure la création des CETC et des autres juridictions mentionnées (§ 42). Ce faisant, elle maintient le système cambodgien dans une relation surannée et ignore notamment l'influence récente du système pénal allemand.

Une fois rappelée la nature inquisitoire du schéma procédural des CETC, la Chambre préliminaire a ensuite procédé à la détermination des pouvoirs des co-juges d'instruction. Ainsi, le pouvoir discrétionnaire des co-juges d'instruction est défini par la Chambre comme « une faculté juridique » exercée « conformément aux principes juridiques admis » (§ 28) au rang desquels figurent la prudence et la circonspection visées par l'article 1 du code de procédure pénale cambodgien mais ignoré par les co-juges d'instructions dans le dossier 003 (§ 54). A cette occasion, elle permet de confirmer l'assujettissement des CETC à l'article 14 du Pacte International relatif aux Droits Civils et Politiques (§ 61).

Cette double identification fonde l'analyse de la Chambre quant à la légalité de la délivrance des ordonnances de clôture séparées, fondée sur deux décisions antérieures dans la même affaire, pour justifier la délivrance d'ordonnances de clôture séparées et contradictoires (§ 97). Or, ces deux décisions établissent le droit des co-procureurs de déposer deux réquisitoires définitifs distincts. Les co-juges d'instruction ont donc raisonné à tort par analogie puisque leur statut diffère de celui des co-procureurs, malgré leur appartenance commune à la magistrature cambodgienne. Toutefois, la Chambre préliminaire n'a pas jugé de soulever cette différence statutaire (§ 100). Pour la Chambre, les co-juges d'instruction « ont violé le cadre juridique des CETC, dérogé à leurs attributions les plus importantes et créé une situation juridique sans précédent qui ébranle les fondements mêmes de leur fonction judiciaire ». Certes, le *corpus juris* des CETC permet à un juge d'instruction d'agir seul, « en particulier lorsque son collègue s'est retiré de la conduite de l'enquête » (Dossier n° 004/1, [PTC20], *Décision relative à l'appel interjeté par IM Chaem contre la décision du co-juge d'instruction international relative à sa demande de réexaminer et annuler la convocation du 29 juillet 2014*, 9 décembre 2014, D236/1/1/8, par. 30 ; (Dossier n° 004 (PTC16), *Decision on TA An's Appeal against the Decision Rejecting his Request for Information concerning the Co-Investigating Judges' Disagreement of 5 April 2013,* 22 janvier 2015, D208/l/1/2, par. 11) (§ 105). Mais tant les

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

articles 14 et 23 de la loi relative au CETC que l'article 5 (1) de l'Accord entre les Nations Unies et le Royaume du Cambodge prévoient que l'instruction doit être dirigée au moyen de décisions conjointes (§ 114), prises à l'unanimité (§ 93). La Chambre préliminaire a établi la conduite conjointe de l'instruction par les co-juges d'instruction comme un principe juridique fondamental des CETC (§§ 103-104), protégé par un mécanisme de règlement des divergences de vues entre les deux juges d'instruction, prévu par l'article 7 de l'accord relatif aux CETC et la règle 72 du règlement intérieur (§§ 93-94). Par conséquent, la question du caractère obligatoire du recours à ce mécanisme constitue un élément central dans la détermination de la légalité de la décision des co-juges d'instruction (§ 112).

Pour la Chambre préliminaire, le mécanisme prévoit en cas de désaccord mineur la notification confidentielle tout en continuant de rechercher une ligne de conduite commune (§ 118). Cependant, une divergence sévère, « au point que l'un des co-juges d'instruction souhaite suspendre l'exécution de la décision de son collègue », contraint les co-juges d'instruction à saisir la Chambre préliminaire du désaccord en vertu de l'article article 23 (nouveau) 4) de la Loi relative aux CETC et de la Règle 72 2 (§§ 117-118), afin de « garantir la légalité, l'équité et l'efficacité de l'instruction judiciaire » (§ 119). En l'espèce, les co-juges d'instruction, saisis du différend issu des deux appels contradictoires des co-procureurs, étaient donc tenus de dire le droit en tant que magistrats de l'ordre judiciaire cambodgien (§ 122). Dès lors, la Chambre préliminaire considère que la délivrance d'ordonnances contradictoires était constitutive d'un déni de justice, insinuant même une intention délibérée d'entraver l'autorité de la Chambre préliminaire (§ 123). La délivrance de deux ordonnances de clôture contradictoire était donc, selon elle, illégale et contraire au cadre juridique des CETC (§ 163). Cette analyse rejoint l'argumentaire des co-avocats de la Défense selon laquelle ce dossier a connu de multiples violations du droit à un procès équitable qui ne permettent pas le renvoi en jugement d'Ao An puisqu'elles portent atteinte de manière irrémédiable à sa présomption d'innocence (§ 162). Or, la Chambre préliminaire a été confrontée à la même situation que les juges d'instruction puisqu'elle n'a donc atteint la majorité requise pour statuer sur le fond des appels. Dès lors, les juges ont produit des opinions séparées.

Les juges nationaux estiment que le différend aurait dû être élevé par les co-procureurs en premier lieu en application de la Règle 71 du Règlement intérieur. (§ 179). La règle de poursuite de l'action publique induit, selon les juges nationaux, que les réquisitoires introductifs demeurent valides (§ 181). Dans le cas en l'espèce, le renvoi en jugement constitue une violation du droit à un procès équitable (§ 276). L'Ordonnance de non-lieu rendue en faveur d'AO An par le co-juge d'instruction national devrait donc être maintenue (§ 282). Ils rejoignent sur ce point la position des co-avocats en constatant la précision d'« obstacle de taille insusceptible d'être surmonté en droit ». L'opinion des juges internationaux est quasiment identique à l'analyse commune (§ 318) et soutient l'ordonnance de renvoi du co-juge d'instruction international. Par conséquent, le litige demeure irrésolu puisque la décision est insusceptible d'appel.

La décision d'espèce, ou plutôt le manque de décision, peut être considérée non pas comme une divergence juridique, mais de nature politique entre les équipes nationale et internationale. Les CETC constituent en effet un objet de tension depuis leur mise en place en 2007 entre un Etat qui souhaite tourner une des pages les plus sombres de son histoire et une société internationale qui tente de mener à bien une mission de maintien de la paix et de la sécurité internationales dont le cadre juridictionnel semble déjà avoir atteint son principal objectif dans le dossier 002. Il reste que le principe de sécurité juridique auquel

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

est soumis la Chambre préliminaire par la règle 21 (Dossier n° 004/2, *Forwarding Order pursuant to Internal Rule 66 [4],* 19 mai 2017, D351) demeure le grand absent de ce dossier puisque la Chambre préliminaire n'a pas réussi à déterminer l'avenir des poursuites contre un des rouages de l'appareil khmer rouge. Si la Chambre préliminaire a réalisé un effort attendu en matière de définition de compétences des organes juridictionnels, cette décision arrive malheureusement trop tard pour purger les erreurs que les précédentes formations de la Chambre préliminaire ont laissé perdurer depuis 2007.

AUDE BRÉJON

B. Droit international de la fonction publique

TRIBUNAL D'APPEL DES NATIONS UNIES & TRIBUNAL ADMINISTRATIF DE L'OIT
Jugements n° 2018-UNAT-840 et 841 du TANU
Jugement n° 4195 du TAOIT

Droits acquis (*acquired rights*)

En 1925, le Doyen Hauriou s'inquiétait des dangers que le pouvoir d'annulation de l'Administration, s'il pouvait s'exercer indéfiniment et à toute époque, ferait courir à la sûreté des relations sociales (voir note sous Conseil d'Etat, 3 novembre 1922, *Dame Cachet*). Des jugements récents du Tribunal d'Appel des Nations Unies (TANU) et du Tribunal administratif de l'OIT (TAOIT) suscitent des interrogations semblables à propos des « droits acquis » dont peuvent se prévaloir les agents internationaux.

Dans ses jugements 840 et 841, le TANU était interrogé sur l'application de dispositions antérieures nonobstant leur amendement, donc sur la possibilité que ces dispositions puissent constituer des « droits acquis ». Rappelant tout d'abord que l'amendement litigieux a incontestablement eu pour effet de contrevenir aux droits contractuels des agents, le TANU estime pourtant que le terme même de « droit acquis » est vague et ambigu et qu'en tout état de cause, « la protection des droits acquis est limitée à la garantie qu'un amendement au Statut du personnel ne peut porter atteinte aux avantages acquis, ou gagnés [*earned*], par un membre du personnel, pour les services rendus avant l'entrée en vigueur de l'amendement ». Le Tribunal considère donc que « la protection doctrinale des droits acquis est en substance un élément du principe de la non-rétroactivité ». Il ajoute que si « les amendements ne peuvent avoir pour effet une réduction rétroactive des avantages déjà gagnés [*earned*] », ils ne sauraient avoir pour effet de garantir des avantages pour l'avenir (considérant 91 du jugement 840). L'ancêtre du TANU, le Tribunal Administratif des Nations Unies, avait un temps laissé entrevoir une approche différente dans son jugement 273 (*Mortished*), en donnant effet à une disposition statutaire prévoyant l'application de droits acquis. Mais dans son avis consultatif sur la demande de réformation de ce jugement, la CIJ avait estimé que la notion même de « droits acquis » n'était pas définie, même si elle l'a plutôt liée au principe de non-rétroactivité (voir CIJ, *Demande de réformation du jugement n° 273 du Tribunal administratif des Nations Unies,* avis consultatif du 20 juillet 1982, *Rec.* 1982, p. 325). Par la suite, le TANU avait reconnu des droits « destinés à perdurer malgré leur amendement » en matière d'ajustement des pensions au coût de la vie (voir jugements 378, 379 et 404), évitant les termes de « droits acquis », à l'instar du Tribunal administratif de la Banque mondiale et de ses « droits essentiels insusceptibles de changement » (voir son premier jugement, *De Merode*). Dans son jugement 840, le TANU s'écarte drastiquement de cette position et de celle du Tribunal du contentieux administratif (UNDT), directement

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

inspirée du jugement 273 susvisé. Il rappelle que la CIJ n'a pas confirmé la validité de ce jugement, mais a simplement estimé qu'il n'avait pas violé la Charte des Nations Unies. Le TANU semble ainsi se rapprocher de la position exprimée par le juge Schwebel dans son opinion dissidente à l'avis de la CIJ (*ibid.*, p. 544), qui concluait à l'impossibilité de considérer comme acquis des droits amendés par une résolution de l'Assemblée générale. Le TANU revient donc à la première jurisprudence de son ancêtre (voir notamment les jugements 19, *Kaplan*, et 82, *Puvrez*).

La position du TAOIT est en cette matière singulièrement différente de celle exprimée par le TANU. En 1946, dans son jugement 37, le Tribunal Administratif de la SDN (TASDN), l'ancêtre du TAOIT, avait estimé que le statut du personnel tel qu'en vigueur à la date de l'engagement des agents faisait partie de leur contrat et qu'ils avaient donc un « droit acquis » à ce que les modifications au statut ne puissent leur être appliquées sans leur accord. Une telle jurisprudence va bien au-delà de ce que d'autres tribunaux administratifs internationaux, comme le Tribunal de la fonction publique européenne (TFPE) ou le TABM, ont consacré. Selon ces derniers, seules les situations nées et définitivement réalisées sous l'empire des dispositions anciennes sont susceptibles de créer des droits acquis (voir notamment l'arrêt du TFPE, C-443/07 P et le jugement 216 du TABM). Dans son jugement 4195, prononcé en juillet 2019, le TAOIT, sans aller aussi loin que le TASDN, reste fidèle à sa jurisprudence bien établie (voir notamment les jugements 61, 832, 986, 1241, 1334, 1446, 1912, 2089, 2682, 2696, 2986, 3135, 3571, 3827, 3909, 3944, 3876, 4028), et continue à inspirer la jurisprudence d'autres tribunaux administratifs internationaux, comme ceux de l'OCDE, de l'OTAN ou du Conseil de l'Europe (voir notamment les jugements du TAOCDE 86 et 89, de la CROTAN 2014/1017, et du TACE 557/2014 et 571-576).

Le TAOIT rappelle d'abord le principe qu'une organisation internationale peut modifier les conditions d'emploi des agents pour l'avenir. Toutefois, il considère qu'une telle modification viole un droit acquis lorsqu'elle bouleverse l'économie du contrat d'engagement ou porte atteinte aux conditions d'emploi fondamentales et essentielles qui ont déterminé les agents à entrer en service. Pour savoir si de telles conditions sont réunies, le Tribunal distingue les clauses figurant dans les contrats d'emploi (et les décisions individuelles) des dispositions statutaires ou réglementaires. Les premières engendrent en principe des droits acquis, quand les secondes n'en engendrent pas nécessairement. Cette distinction, entre clauses contractuelles et dispositions règlementaires, a parfois été contestée, au motif que seule l'analyse du caractère fondamental et essentiel du droit en cause serait pertinente, pas la source de ce droit (voir *De Merode*, *ibid.* § 43). Il a également été dit, à juste titre, que les « droits acquis » sont définis par la jurisprudence de manière subjective et que la sécurité juridique plaiderait en faveur de l'adoption de critères objectifs. Mais l'art est difficile et, comme évoqué par le TABM (*De Merode, ibid.* § 42*)*, il paraît hasardeux de définir des critères objectifs ou d'arrêter une liste définitive de ces droits quand leur reconnaissance dépend certes de leur nature même, mais également et surtout de la conséquence de leur amendement, de la magnitude de l'atteinte qui leur est portée, comme rappelé par le TAOIT dans sa jurisprudence constante. Force est de constater que cette reconnaissance varie aussi dans le temps, en fonction des circonstances et des évolutions techniques et sociétales, mais aussi et surtout des contraintes financières pesant sur les organisations. On pense à l'indemnité d'expatriation qui a été progressivement réduite, parfois jusqu'à sa complète suppression, y compris pour les agents en service, au

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

motif que des évolutions techniques permettaient de minimiser les effets de l'expatriation, dans un monde de plus en plus ouvert et globalisé, où les différences culturelles seraient mieux comprises et acceptées et où vivre en dehors de sa « patrie » ne demanderait plus de protection particulière. Ces évolutions et ces contraintes ont ainsi favorisé une jurisprudence des juridictions administratives internationales complexe et mouvante, parfois audacieuse, au point que certains commentateurs ont estimé qu'on était en présence de solutions extrêmement subtiles et complexes et, en définitive, assez arbitraires.

L'analyse de la jurisprudence montre plutôt que les tribunaux ont eu à cœur de ne pas interdire toute réforme aux organisations, en évitant de leur imposer un gel des conditions d'emploi des agents en service. Cela dit, quel que soit le tribunal administratif international considéré, certains droits apparaissent, par leur nature ou en fonction des circonstances de l'espèce, comme intangibles, quand d'autres, autrefois considérés comme acquis, sont désormais susceptibles d'évolution. Ainsi, pour donner un exemple parlant, si le droit à un régime de protection sociale semble acquis, les prestations et les contributions associées sont susceptibles d'évolutions, parfois significatives, compte tenu des facteurs variables sur lesquels elles reposent, notamment l'espérance de vie des agents et l'inflation des coûts médicaux. Appliquant ces principes à l'amendement litigieux, qui supprimait un avantage en matière de protection sociale, le TAOIT relève dans son jugement 4195 que l'amendement concerné ne porte pas atteinte à un droit acquis car il est notamment justifié par la nécessité de limiter les dépenses de l'organisation en cause, qui n'ont cessé de croître au fil des ans, l'obligation qui pèse sur les organisations d'assurer leur bonne gestion financière ou encore la nécessité de garantir une plus grande équité entre les agents, en s'appuyant sur le principe de solidarité. Le Tribunal estime surtout que l'amendement litigieux était raisonnable, avait un effet « modeste » sur les rémunérations des agents, et avait de surcroît pour objet l'élimination d'un avantage injustifié dont les requérants avaient bénéficié, en vertu des règles antérieures, pendant une longue période.

En définitive, si l'on suit le raisonnement du TAOIT dans son jugement 4195, on pourrait conclure que les organisations internationales ne peuvent adopter d'amendements aux conditions d'emploi fondamentales et essentielles que si ceux-ci sont justifiés, raisonnables et ont un effet « modeste », qui peut varier selon les circonstances, sur la situation juridique des agents. Si l'on suit le raisonnement du TANU dans son jugement 840, la théorie des droits acquis semble battue en brèche et le droit d'une organisation à amender les conditions d'emploi, même contractuelles, même fondamentales et essentielles, reste entier. La seule limite fixée par le TANU est que l'amendement ne doit pas avoir d'effet rétroactif sur les avantages déjà obtenus, c'est-à-dire les situations nées et définitivement réalisées sous l'empire des dispositions anciennes, comme par exemple les fonds acquis dans le cadre d'un régime de pensions à prestations définies. Cette position restreint considérablement le champ d'application des droits acquis.

A la lecture de ce qui précède, certains pourraient appeler de leurs vœux la résurrection du projet de fusion des juridictions administratives internationales, souvent évoqué, jamais réalisé, et qui parait à vrai dire peu réalisable, ou, à tout le moins, la recherche de méthodes permettant une certaine harmonisation de la jurisprudence. Quoi qu'il en soit, les droits acquis continueront à être évoqués, car ils sont au cœur des débats portant sur les droits financiers des agents, dans un contexte où les budgets ordinaires des organisations internationales sont, au mieux, sous étroite surveillance et, au pire, en récession.

RÉMI CÈBE

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

JURISPRUDENCE FRANCAISE EN MATIERE DE DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

Sous la direction de

Baptiste TRANCHANT

par

Julien CAZALA et Baptiste TRANCHANT

SOMMAIRE

Cass. crim., 11 septembre 2019, n° 18-81067, publié au *Bulletin* 193
CA Paris, Pôle 1, ch. 1, 24 septembre 2019, *République de Moldavie c. Société Komstroy venant aux droits de la société Energoalians*, n° 18/14721 202

Cass. crim., 11 septembre 2019, n° 18-81067, publié au *Bulletin*

[Réserves aux traités internationaux — Contrôle du juge national — *Non bis in idem* — Article 4 du protocole n° 7 à la CEDH / Reservations to International Treaties — Supervision by the national courts — *Non bis in idem* — Article 4 of Protocol n° 7 to the ECHR]

« LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE CRIMINELLE, en son audience publique tenue au Palais de Justice à PARIS, a rendu l'arrêt suivant :

REJET des pourvois formés par M. G... I..., Mme T... M... , épouse I..., contre l'arrêt de la cour d'appel de PARIS, chambre 5-12, en date du 31 janvier 2018, qui, pour fraude fiscale, les a condamnés, chacun, à douze mois d'emprisonnement avec sursis et trois ans d'inéligibilité et a prononcé sur les demandes de l'administration fiscale, partie civile .

La COUR, statuant après débats en l'audience publique du 15 mai 2019 où étaient présents : M. Soulard, président, Mme Pichon, conseiller rapporteur, Mmes de la Lance, Planchon, M. Larmanjat, Mme Zerbib, MM. d'Huy, Wyon, conseillers de la chambre, M. Ascensi, Mme Fouquet, conseillers référendaires ;

Avocat général : M. Petitprez ;

Greffier de chambre : Mme Darcheux ;

Sur le rapport de Mme le conseiller référendaire PICHON, les observations de la société civile professionnelle SPINOSI et SUREAU, la société civile professionnelle FOUSSARD et FROGER, avocats en la Cour, et les conclusions de M. l'avocat général PETITPREZ ;

Les pourvois sont joints en raison de la connexité.

Des mémoires en demande et en défense et des observations complémentaires ont été produits.

Faits et procédure

1. Il résulte de l'arrêt attaqué et des pièces de procédure ce qui suit.

2. Le 27 mai 2015, l'administration fiscale, sur avis conforme de la commission des infractions fiscales, a transmis au procureur de la République une plainte pour fraude fiscale à l'encontre des époux I... leur reprochant d'avoir déposé tardivement des déclarations d'ensemble des revenus sur la période de 2009 à 2013, certaines après l'envoi de mises en

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

demeure, l'une d'entre elles, postérieurement à la mise en œuvre d'une procédure de taxation d'office, pour un montant total de droits fixé à 70 547 euros.

3. Le procureur de la République, après avoir diligenté une enquête préliminaire, a fait citer M. et Mme I... devant le tribunal correctionnel afin d'y être jugés du chef de fraude fiscale pour s'être abstenus de souscrire la déclaration de revenus au titre de l'année 2012 et de souscrire, dans les délais légaux, les déclarations de revenus au titre des années 2009, 2010, 2011 et 2013.

4. Devant les premiers juges, les prévenus ont justifié avoir fait l'objet, pour les mêmes faits, de pénalités fiscales définitives de 10 % ou 40 %, selon les années concernées, à hauteur d'une somme globale de 20 495 euros. Ils ont soulevé in limine litis une exception d'extinction de l'action publique en application du principe de nécessité des délits et des peines, arguant que de simples omissions déclaratives ne constituent pas des faits graves susceptibles de justifier une procédure pénale.

5. Ladite exception était également fondée sur la violation du principe ne bis in idem prévu à l'article 4 du Protocole n° 7 à la Convention européenne des droits de l'homme, en ce que les deux procédures, fiscale et pénale, n'ont entretenu entre elles aucun lien matériel et temporel. Il a été allégué que, compte tenu de l'arrêt R... et autres c. Italie en date du 4 mars 2014 (nos 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 et 18698/10), la Cour européenne des droits de l'homme, lorsqu'elle se prononcera, invalidera la réserve émise par la France en marge de ce protocole de sorte qu'il est opportun que les juges anticipent la condamnation de la France, qu'ils en ont d'ailleurs l'obligation comme l'a jugé l'assemblée plénière de la Cour de cassation le 15 avril 2011.

6. Le tribunal correctionnel a rejeté l'exception et condamné Mme I... à trois mois d'emprisonnement avec sursis, M. I... à trois mois d'emprisonnement avec sursis et un an d'inéligibilité. Il s'est prononcé sur les intérêts civils.

7. Le procureur de la République, les prévenus et l'administration fiscale, partie civile, ont interjeté appel.

8. Devant la cour d'appel, les époux I... ont à nouveau soulevé une exception d'extinction de l'action publique.

Examen des moyens

(...)

Sur le troisième moyen relatif au principe ne bis in idem *et à la réserve émise par la France*

Enoncé du moyen

14. Le moyen est pris de la violation des articles 57 de la Convention européenne des droits de l'homme, 4 du Protocole additionnel n° 7 à la Convention européenne des droits de l'homme, 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 1728, 1, a, et 1, b, et 1741 du code général des impôts, 6, 591 et 593 du code de procédure pénale.

15. Le moyen critique l'arrêt attaqué en ce que la cour d'appel a rejeté l'exception d'extinction de l'action publique et déclaré les demandeurs coupables de fraude fiscale par omission de réaliser la déclaration dans les délais prescrits ;

1°/ alors qu'« en sa qualité de juge de droit commun de la Convention européenne des droits de l'homme, chaque juge national a le pouvoir d'interpréter les droits garantis ainsi que les conditions dans lesquels l'Etat membre s'est engagé à les respecter ; qu'à ce titre, il n'est fait aucun obstacle à ce que le juge pénal français apprécie la validité d'une réserve émise par la France en application de l'article 57 de la Convention européenne ; que c'est au prix d'une méconnaissance de son office que la cour d'appel a jugé qu'« il n'est pas démontré que les réserves émises par la France à l'application de ces dispositions, dont il n'appartient pas au juge du fond d'apprécier la validité, aient été écartées par la Cour européenne des droits de l'homme ; »

2°/ alors que « si un cumul entre des poursuites fiscales et pénales peut être envisagé en application de la jurisprudence de la Cour européenne, c'est à la condition qu'il existe un

© Editions A. Pedone

lien matériel et temporel suffisamment étroit entre ces deux procédures ; qu'en l'espèce, ainsi que le faisaient valoir les conclusions régulièrement déposées, la poursuite pénale est intervenue bien postérieurement aux différentes décisions définitives rendues sur le plan fiscal, à tel point que de deux à quatre années se sont écoulées entre les décisions de sanction par l'administration fiscale et la décision du ministère public de déclencher l'action publique, intervenue le 21 septembre 2016 ; que dans ces conditions, la cour d'appel n'était pas fondée à écarter la violation du principe non bis in idem » .

Réponse de la Cour

16. Lors de la ratification du Protocole n° 7, additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme (la Convention), la France a émis une réserve aux termes de laquelle "seules les infractions relevant en droit français de la compétence des tribunaux statuant en matière pénale doivent être regardées comme des infractions au sens", notamment, de l'article 4 de ce protocole qui prévoit, à son paragraphe premier, que "nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement par les juridictions du même Etat en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de cet Etat".

17. La Cour de cassation juge de façon constante que l'interdiction d'une double condamnation en raison de mêmes faits, prévue par l'article 4 du Protocole n° 7 ne trouve à s'appliquer, selon la réserve émise par la France en marge de ce protocole, que pour les infractions relevant en droit français de la compétence des tribunaux statuant en matière pénale et n'interdit pas le prononcé de sanctions fiscales parallèlement aux peines infligées par le juge répressif (Crim., 20 juin 1996, pourvoi n° 94-85.796, Bull. crim. 1996, n° 268 ; Crim., 4 juin 1998, pourvoi n° 97-80.620, Bull. crim. 1998, n° 186).

18. Postérieurement à l'arrêt R... ayant constaté l'invalidité de la réserve italienne, la Cour de cassation a confirmé son analyse considérant que la réserve de la France n'est pas remise en cause par la Cour européenne des droits de l'homme (Crim., 22 février 2017, pourvoi n° 14-82.526, Bull. crim. 2017, n° 49). En effet, ladite Cour ne s'est pas prononcée sur la validité de la réserve française.

19. Cette jurisprudence s'inscrit dans celle relative à l'office du juge judiciaire qui est d'interpréter et d'appliquer un traité international invoqué dans la cause soumise à son examen, auquel s'incorpore la déclaration unilatérale faite par un Etat quand il signe ou ratifie un traité, par laquelle il vise à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leur application à l'Etat (Crim., 15 janvier 2014, pourvoi n° 13-84.778, Bull. crim. 2014, n° 11 ; 1re Civ., 11 juillet 2006, pourvoi n° 02-20.389, Bull. 2006, I, n° 378).

20. Dans ces conditions, il appartient au juge répressif d'appliquer l'article 4 au Protocole n° 7 en faisant produire un plein effet à la réserve émise par la France en marge de ce protocole.

21. Ce principe ne contredit pas la jurisprudence de la Cour de cassation aux termes de laquelle les Etats adhérents à la Convention sont tenus de respecter les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, sans attendre d'être attaqués devant elle ni d'avoir modifié leur législation (Ass. plén., 15 avr. 2011, pourvoi n° 10-17.049, Bull. crim. 2011, Ass. plén., n° 1).

22. Cette exigence a été adoptée pour l'application et l'interprétation des droits et libertés définis par la Convention ou ses protocoles. Elle ne s'applique pas lorsque la question concerne, non la portée de ces droits et libertés, mais l'appréciation préalable de l'étendue des engagements de l'Etat.

23. C'est d'ailleurs sur le fondement de dispositions spécifiques de la Convention, les actuels articles 19 et 32, que la Cour européenne des droits de l'homme s'est reconnue compétente pour apprécier la validité d'une réserve formulée par un Etat au sujet d'une disposition particulière (29 avril 1988, J... c. Suisse, n° 10328/83). En particulier, l'article 32 prévoit que la compétence de la Cour européenne des droits de l'homme s'étend à toutes les questions concernant l'interprétation et l'application de la Convention et de ses protocoles et qu'en cas de contestation sur le point de savoir si la Cour est compétente, la Cour décide.

© Editions A. Pedone

24. En l'espèce, pour rejeter l'exception de procédure fondée sur le principe ne bis in idem, l'arrêt attaqué énonce qu'il n'est pas démontré que la réserve émise par la France, dont il n'appartient pas au juge du fond d'apprécier la validité, ait été écartée par la Cour européenne des droits de l'homme.

25. En l'état de ces seules énonciations, la cour d'appel a justifié sa décision sans méconnaître les dispositions conventionnelles invoquées.

26. Il s'ensuit que le moyen, qui devient inopérant en sa seconde branche, ne peut qu'être écarté.

(…)

PAR CES MOTIFS, la Cour :

REJETTE les pourvois »

Saisie de plusieurs affaires relatives à des cumuls de sanctions pénales et administratives (en plus de l'arrêt commenté reproduit ci-avant, v. ceux rendus le même jour sur les pourvois n° 18-81980, n° 18-82430, n° 18-81040, n° 18-83484 et n° 18-84144 ; v. également S. DETRAZ et E DEZEUZE, « Cumul des répressions pénale et fiscale : la Cour de cassation précise la portée des jurisprudences constitutionnelles et européenne en la matière », *JCP G*, 2019, n° 43, p. 1086 ; S. SAUPHANOR et L. MOIRIGNOT, « Fraude fiscale – *Non bis in idem* : état des lieux de la remise en cause du cumul des poursuites et des sanctions administratives et pénales dans l'ordre juridique français », *JCP Entr. et Aff.*, 2019, n° 45, p. 1500 ; N. JACQUOT et N. GUILLAND, « Vers une balkanisation du contentieux fiscal ? Réflexions sur les nouveaux contours de l'office du juge pénal en matière de fraude fiscale », *Droit fiscal*, 2019, n° 43, p. 412), la chambre criminelle de la Cour de cassation trouve une nouvelle occasion de se prononcer sur la réserve française visant les dispositions de la CEDH consacrant le principe *non bis in idem*, quelques mois après que le Conseil d'Etat ait déclaré, par un arrêt d'assemblée, qu'il n'appartenait pas au juge administratif d'apprécier la validité de cette réserve (CE, Ass., 12 octobre 2018, *Société Super coiffeur*, n° 408567, publié au *Rec. Lebon* ; note J. CAZALA, cette chronique, 2019-1, p. 309 avec les références citées).

Les données du problème soulevé dans ces contentieux sont désormais bien connues. L'article 4 §1 du Protocole n° 7 à la CEDH dispose que « *[n]ul ne peut être poursuivi ou puni pénalement par les juridictions du même Etat en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de cet Etat* » et la Cour EDH a développé assez tôt une jurisprudence consacrant le caractère autonome de la notion de « *matière pénale* » qui ne se contente pas de recouvrir ce qui est qualifié comme tel par les législations nationales des Etats Parties (Cour EDH, arrêt du 8 juin 1976, *Affaire Engel et autres c. Pays-Bas*, req. n° 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, §§ 80 s.). Consciente que les hypothèses de cumul de sanctions administratives et pénales envisageables en droit français, notamment dans le domaine fiscal, pouvaient entrer en contradiction avec cette disposition, la France a émis une réserve au moment de ratifier le Protocole n° 7. Selon ses termes : « *Le gouvernement de la République française déclare que seules les infractions relevant en droit français de la compétence des tribunaux statuant en matière pénale doivent être regardées comme des infractions au sens des articles 2 à 4 du présent Protocole* ». L'Etat français n'a d'ailleurs pas été le seul à formuler une déclaration en ce sens, l'Autriche, l'Italie et le Portugal ayant décidé de faire de même lorsqu'ils ratifièrent ce Protocole (l'Allemagne avait également

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

émis une déclaration comparable au moment de signer le Protocole n° 7 qu'elle n'a, cependant, pas ratifié ensuite).

La validité de ces réserves au regard de l'article 57 de la CEDH a toutefois été questionnée. Cet article pose en effet plusieurs conditions lorsqu'il prévoit que tout Etat peut formuler une réserve au sujet d'une disposition de la Convention « *dans la mesure où une loi alors en vigueur sur son territoire n'est pas conforme à cette disposition* », que « *[l]es réserves de caractère général ne sont pas autorisées* » et que « *[t]oute réserve émise (...) comporte un bref exposé de la loi en cause* ». De plus, la Cour EDH s'est estimée compétente pour apprécier le respect de ces conditions et annuler, le cas échéant, les réserves étatiques qui ne les satisfont pas, tout en affirmant qu'une telle invalidation ne remettait pas en cause l'engagement des Etats concernés à l'égard de la Convention, ceux-ci se trouvant dès lors liés par les dispositions de la CEDH sans le bénéficie de leurs réserves invalidées (Cour EDH, plén., 29 avril 1988, *Marlene Belilos c. Suisse*, n° 10328/83). En ce qui concerne les réserves visant l'article 4 du Protocole n° 7, l'Autriche a ainsi vu la Cour EDH écarter la réserve qu'elle avait émise dans un arrêt *Gradinger* (Cour EDH, 23 octobre 1995, *Gradinger c. Autriche*, n° 15963/90, § 49-51). Puis c'est l'Italie qui, dans un arrêt *Grande Stevens* (Cour EDH, 4 mars 2017, *Grande Stevens et autres c. Italie*, n° 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 et 18698/10, § 204-211), a vu la Cour EDH condamner la réserve qu'elle avait formulée dans des termes proches de la réserve française (la réserve italienne énonçait : « *La République italienne déclare que les articles 2 à 4 du Protocole ne s'appliquent qu'aux infractions, aux procédures et aux décisions qualifiées pénales par la loi italienne* »). Dans ces deux cas, la Cour EDH a reproché aux réserves soumises à son contrôle de ne pas avoir compris de « *bref exposé* » des lois qu'elles concernaient, alors que cette condition mentionnée à l'article 57 §2 de la CEDH « *n'expose pas une « simple exigence de forme » mais édicte une « condition de fond » qui constitue « à la fois un élément de preuve et un facteur de sécurité juridique »* » (arrêt *Grande Stevens* précité, § 208, renvoyant à l'arrêt *Belilos c. Suisse*).

Au regard des similitudes entre les réserves condamnées par la Cour européenne et celle émise par la France, l'adoption de ces arrêts a évidemment nourri les critiques portées contre cette dernière. Non encore tranchée en tant que telle par la Cour EDH, la question de la validité de la réserve française a néanmoins été soulevée devant le juge interne. Dans le cas commenté, les requérants, qui entendaient opposer l'article 4 du Protocole n° 7 au cumul de procédures fiscale et pénale dont ils avaient fait l'objet, appelaient ainsi la chambre criminelle à contrôler cette réserve afin d'en écarter l'application. Ils invoquaient à cette fin qu' « *en sa qualité de juge de droit commun de la Convention européenne des droits de l'homme, chaque juge national a le pouvoir d'interpréter les droits garantis ainsi que les conditions dans lesquels l'Etat membre s'est engagé à les respecter* » et « *qu'à ce titre, il n'est fait aucun obstacle à ce que le juge pénal français apprécie la validité d'une réserve émise par la France en application de l'article 57 de la Convention européenne* » (arrêt commenté, § 15). En réponse à cette argumentation, la chambre criminelle confirme l'arrêt attaqué en ce qu'il a relevé qu'« *il n'appartient pas au juge du fond d'apprécier la validité [de la réserve émise par la France]* » (arrêt commenté, § 24). Dans sa jurisprudence antérieure, la chambre criminelle avait déjà accepté à de nombreuses reprises de faire application de cette réserve pour justifier que les cumuls de sanctions fiscales et pénales permis en droit français ne pouvaient pas être remis en cause sur le fondement de

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

l'article 4 du Protocole n° 7 (v. not. Cass. crim., 20 juin 1996, n° 94-85796, publié au *Bulletin*). Par l'arrêt commenté, la Cour de cassation précise de manière explicite que le juge judiciaire n'est pas compétent pour contrôler la validité de ladite réserve. Ce faisant, la chambre criminelle rejoint en substance la position retenue peu avant par le Conseil d'Etat qui avait affirmé qu'il n'appartenait pas au juge administratif d'apprécier la validité des réserves aux traités, celles-ci « *n'étant pas détachables de la conduite des relations internationales* » (arrêt *Super coiffeur*, précité, § 4). L'arrêt *Super coiffeur* avait d'ailleurs semblé anticiper la position du juge judiciaire en évoquant, au-delà de la seule incompétence du « *juge administratif* » pour contrôler les réserves celle, plus générale, du « *juge national* » (arrêt *Super coiffeur*, § 5). La chambre criminelle le confirme désormais.

Il peut pourtant être noté, pour commencer, qu'il n'était pas inenvisageable de voir la validité des réserves à la CEDH contrôlées par les juge nationaux. Certes, comme le rappelait le rapporteur Charles Touboul dans ses conclusions sur l'affaire *Super coiffeur* en citant sur ce point le professeur Jean Combacau (« Logique de la validité contre logique de l'opposabilité dans la Convention de Vienne sur le droit des traités », *Mélanges Virally*, Paris, Pedone, 1991, p. 195-203), en vertu du « *droit classique* » des réserves, les effets produits par celles-ci dans l'ordre international « *repose[nt] sur le jeu « intersubjectif » des acceptations ou objections individuelles* » des autres Etats. La logique de validité (objective) de la réserve tend alors à s'effacer derrière le jeu des réactions individuelles suscitées par celle-ci (v. C. SANTULLI, « Chronique de droit administratif et droit international », *RFDA*, 2019, p. 333). Dans cette configuration, il s'avère bien difficile d'apporter une réponse, objective et unique, à la question de la validité d'une réserve (on notera que sur ce point, les propositions inscrites dans le Guide de la pratique des réserves aux traités élaboré par la CDI s'avèrent débattues et ne résolvent pas toutes les difficultés pratiques). De telle sorte qu'il apparaisse difficilement envisageable, pour le juge national, d'exercer un contrôle de la validité des réserves dans de telles circonstances. Mais précisément, en ce qui concerne les réserves à la CEDH, la question se pose en des termes bien différents. On l'a dit, les effets produits par les réserves ne dépendent plus, cette fois, des réactions individuelles des autres Etats Parties mais de leur conformité aux conditions posées à l'article 57 CEDH, contrôlées par la Cour européenne qui estime que les réserves non conformes doivent être laissées inappliquées, sans que cela ne remette en cause l'engagement des Etats à l'égard de la Convention. En droit, les Etats sont liés par les dispositions de la CEDH sur lesquelles ils ont émis des réserves lorsque ces dernières ne satisfont pas les conditions de l'article 57. Il pourrait donc sembler justifié que le juge national se penche sur cette question lorsqu'il vérifie que l'Etat respecte ses obligations au regard de la Convention.

Bien qu'envisageable, théoriquement et même « *techniquement* » (pour reprendre les mots du rapporteur Touboul dans ses conclusions précitées), le contrôle de la réserve française au protocole n° 7 est refusé par la chambre criminelle à la suite du Conseil d'Etat. La motivation présentée par la Cour de cassation au soutien de cette conclusion diffère cependant de celle précédemment avancée par le juge administratif. Tout d'abord, on pourra relever qu'à l'inverse de ce dernier, la chambre criminelle ne s'arrête aucunement sur la publication de la réserve au moment de déterminer ses effets dans l'ordre juridique français. Dans l'arrêt *Super coiffeur*, le CE avait tenu à préciser que c'est « *après s'être assuré qu'elles ont fait l'objet des mêmes mesures de publicité que ce traité* » qu'il incombait au juge administratif de faire application d'un traité en tenant

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

compte des réserves dont celui-ci avait fait l'objet (pour une analyse critique de cette position, v. C. SANTULLI, chronique précitée). On ne trouve nulle trace d'une telle exigence dans l'arrêt commenté. Il n'y a d'ailleurs pas là une position isolée. Si la cour de cassation a pu, dans certaines décisions, faire mention de la publication d'une réserve au moment où elle décidait d'en faire application (Cass. 1ière civ., 11 juillet 2006, n° 02-20389, publié au *Bulletin*), d'autres arrêts passent quant à eux cet élément totalement sous silence. Il en est précisément ainsi des décisions de la chambre criminelle qui portent sur la réserve française à l'article 4 du Protocole n° 7 CEDH. De manière constante, au moment de faire produire à cette réserve son plein effet, la chambre criminelle ne juge pas pertinent de mentionner que celle-ci a été publiée au journal officiel de la République française (v. Cass. crim., 20 juin 1996, n° 94-85796, publié au *Bulletin* ; Cass. crim., 4 juin 1998, n° 97-80.620, publié au *Bulletin* ; Cass. crim., 7 septembre 2004, n° 04-80010, publié au *Bulletin* ; Cass. crim., 22 février 2017, n° 14-82526 ; Cass. crim., 6 décembre 2017, n° 16-81857 ; Cass. crim., 17 janvier 2018, n° 16-86451). Au surplus, on relèvera que la Cour de cassation a pu exprimer que les autorités judiciaires françaises devaient également prendre en compte les réserves émises par les Etats étrangers, co-contractants de la France, alors que celles-ci ne font pas l'objet d'une publication en droit français (Cass. crim., 15 janvier 2014, n° 13-84778, avec notre note dans cette chronique, 2014-2, p. 420 : au sujet d'une réserve luxembourgeoise, il est noté que « *les autorités judiciaires françaises, lorsqu'elles utilisent les informations qui leur ont été communiquées dans le cadre d'une convention d'entraide judiciaire en matière pénale, sont tenues de respecter les règles fixées par cette convention à laquelle s'incorporent les réserves et déclarations formulées, qui obligent les Etats parties dans leurs rapports réciproques* »).

Plus fondamentalement, un autre élément différenciant la motivation retenue dans l'arrêt commenté du raisonnement développé par le Conseil d'Etat dans son arrêt *Super Coiffeur* est que la Cour de cassation n'invoque pas la théorie des actes de gouvernement au moment d'exclure l'exercice d'un contrôle de la validité de la réserve émise par la France. Pour expliquer un tel refus, l'arrêt commenté préfère s'attacher au fait que cette réserve n'a, en l'état, pas été déclarée invalide par la Cour EDH. Il y a là un élément important dans le raisonnement de la Cour de cassation. L'arrêt juge en effet suffisant de relever « *qu'il n'est pas démontré que la réserve émise par la France (...) ait été écartée par la Cour européenne des droits de l'homme* » (§ 24). Cet élément ressortait d'ailleurs de la jurisprudence antérieure de la chambre criminelle qui a déjà justifié de donner plein effet à la réserve française au motif que celle-ci « *n'[était] pas remise en cause par la Cour européenne des droits de l'homme* » (Cass. crim., 22 février 2017, précité). La Cour EDH a d'ailleurs peut-être encouragé les juridictions françaises à raisonner en ce sens. En effet, en un arrêt *A. et B. c. Norvège*, la Cour EDH a cru bon de noter, par une formule non dépourvue d'ambiguïté, que « *les réserves formulées par l'Autriche et l'Italie ont été jugées non valables parce qu'elles n'étaient pas accompagnées d'un bref exposé de la loi en cause comme le veut l'article 57 § 2 (voir, respectivement, Gradinger c. Autriche, 23 octobre 1995, § 51, série A n° 328 C, et Grande Stevens, précité, §§ 204-211), contrairement à la réserve émise par la France (Göktan c. France, n° 33402/96, § 51, CEDH 2002 V)* » (Cour EDH, 15 novembre 2016, *Affaire A. et B. c. Norvège*, req. n° 24130/11 et 29758/11, § 117). Cet *obiter dictum* ne devait toutefois pas être mal interprété. Il ne revenait pas à affirmer que la réserve française était jugée valable au regard de l'article 57 de la CEDH, mais visait simplement à signaler que celle-ci n'avait

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

pas encore été contrôlée par la Cour européenne (la lecture de l'arrêt *Göktan*, auquel il était fait renvoi dans l'arrêt *A. et B. c. Norvège*, le confirme dès lors que la réserve française au protocole n° 7 n'y a pas été examinée faute d'avoir été invoquée). Or, il est évident que ce n'est pas parce que la Cour européenne n'a pas eu l'occasion de contrôler la conformité de cette réserve que celle-ci est bien valide en vertu de la CEDH. La position du juge français revient pourtant à traiter la réserve comme valable (§ 20 : il appartient au juge répressif de faire « *produire un plein effet à la réserve émise par la France* ») du seul fait que la Cour EDH n'a pas (encore ?) affirmé le contraire.

Le raisonnement de la chambre criminelle apparaît dès lors critiquable. Si l'on s'intéresse aux obligations internationales que la République française a contractées en devenant Partie à la CEDH et à son Protocole n° 7, auxquelles la Constitution lui demande d'ailleurs de se conformer « *fidèle à ses traditions* », l'Etat (et à travers lui l'ensemble de ses organes, y compris juridictionnels) est tenu de reconnaître aux personnes placées sous sa juridiction les droits et libertés énoncés dans les dispositions de la CEDH en laissant inappliquées les réserves qu'il aurait émises si celles-ci ne satisfont pas les conditions posées à l'article 57. Or, en refusant de contrôler la réserve au protocole n° 7 et en préférant lui donner « plein effet » sans vérifier sa conformité à l'article 57, le juge français prend le risque de peut-être contrevenir aux obligations incombant à la France et d'entériner, par sa décision, la commission d'un comportement internationalement illicite. Le rapporteur Touboul le relevait dans ses conclusions précitées : « *En refusant de contrôler, le juge national peut alors se placer lui-même en porte-à-faux et prendre le risque non seulement d'exposer « son » Etat à davantage de condamnations, faute de contrôle préventif, mais aussi de s'affaiblir lui-même dans le dialogue avec le juge international* ». Toutefois, à l'issue du bilan coûts/avantages du contrôle des réserves par le juge interne que le rapporteur réalisait ensuite, il était considéré que ces désavantages seraient moindres que les inconvénients qui découleraient de l'exercice d'un contrôle. Les conséquences d'une telle position ne sont pourtant pas anodines. Il ne peut pas être affirmé avec une absolue certitude que la réserve française sera déclarée invalide par la Cour européenne (même si elle apparaît bien fragile après les décisions italienne et autrichienne, d'aucuns pourraient encore tenter de soutenir que la réserve française ne contrevient pas à l'article 57 CEDH : v. par ex. les conclusions précitées du rapporteur TOUBOUL, § 5.2.1) Et, dans l'hypothèse où l'invalidité de la réserve serait constatée par la Cour de Strasbourg, il n'est pas établi que les cumuls de sanctions pratiqués en France seront nécessairement jugés contraires à l'article 4 du protocole n° 7, cette disposition étant interprétée comme permettant exceptionnellement un tel cumul lorsque celui-ci résulte de procédures complémentaires unies par un lien temporel et matériel suffisamment étroit (Cour EDH, arrêt *A. et B. c. Norvège* précité, § 117 s. ; et pour un exemple de condamnation de la France au titre de l'article 4 §1 du Protocole n° 7 du fait d'un cumul de sanctions ne satisfaisant pas ces conditions, dans une hypothèse où le gouvernement ne s'était pas prévalu de la réserve à l'article 4 du protocole 7, v. Cour EDH, 6 juin 2019, *Nodet c. France*, n° 47342/14). Il est certain en revanche qu'en s'abstenant de contrôler la réserve, la Cour de cassation s'interdit de vérifier que la CEDH n'a pas été violée dans les cas qui lui sont soumis (et elle s'empêche, le cas échéant, de redresser des comportements défaillants imputables à la France avant qu'ils ne soient sanctionnés par le juge européen). Contrairement à ce qu'indique l'arrêt commenté (§ 25), il ne saurait être affirmé que les décisions rendues en l'espèce ne méconnaissent pas les dispositions conventionnelles invoquées (l'article 4§1 du Protocole n° 7), le juge français ayant précisément refusé de s'en assurer.

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

De plus, si la cour de cassation estime suffisant de relever que la réserve française n'a, en l'état, pas été formellement déclarée invalide par la Cour EDH, elle ajoute que les arrêts rendus à l'encontre des réserves autrichienne et italienne n'appellent pas, non plus, l'exercice d'un contrôle de la réserve française par le juge judiciaire. Pourtant, comme cela a été rappelé, au regard de la similitude de leurs termes, le raisonnement retenue par la Cour EDH à l'endroit des réserves autrichienne et italienne semble transposable en substance à la réserve française, et l'assemblée plénière de la Cour de cassation a affirmé que les Etats Parties à la CEDH « *sont tenus de respecter les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, sans attendre d'être attaqués devant elle ni d'avoir modifié leur législation* » (Cass. plén., 15 avril 2011, pourvoi n° 10-17049, publié au *Bulletin*). Toutefois, la chambre criminelle écarte l'application de ce principe en l'espèce en opérant une distinction entre les décisions de la Cour EDH qui portent sur « *l'application et l'interprétation des droits et libertés définis par la Convention ou ses protocoles* » et celles qui concernent « *non la portée de ces droits et libertés, mais l'appréciation préalable de l'étendue des engagements de l'Etat* » (arrêt commenté, § 22). On comprend de l'arrêt attaqué qu'en ce qui concerne les décisions de la Cour européenne relevant de cette seconde catégorie, dont feraient partie les arrêts relatifs aux réserves, la chambre criminelle considère que les Etats ne seraient pas tenus de les respecter sans attendre d'être attaqués devant cette Cour. Là encore, on pourra ne pas être pleinement convaincu par la distinction opérée, par laquelle la chambre criminelle vient limiter la portée d'un principe dégagé par la Cour de cassation en assemblée plénière. D'autant plus qu'un arrêt par lequel la Cour européenne invalide une réserve, s'il s'intéresse à « *l'étendue des engagements de l'Etat* », a aussi nécessairement des implications sur la « *portée* » des droits et libertés définis dans la Convention et ses protocoles pour cet Etat.

Pour finir, la portée de la solution dégagée dans l'arrêt commenté ne doit pas être minimisée. La note explicative rédigée par la Cour de cassation au sujet de l'arrêt précise que : « *ces décisions présentent une cohérence avec la position du Conseil d'Etat qui a récemment jugé qu'il n'appartient pas au juge administratif d'apprécier la validité des réserves. Toutefois la chambre criminelle ne se prononce ici expressément que sur une réserve émise en marge de la Convention européenne des droits de l'homme ou de ses protocoles, et non, de manière générale, sur toutes les réserves* » (https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/notes_explicatives_7002/relative_arrets_43548.html). C'est cependant dans le cadre de traités qui, comme la CEDH, mettent en place un régime dérogatoire au « droit classique » des réserves qu'un contrôle de ces dernières par le juge national semble le plus propice. En conséquence, il paraît bien improbable qu'après avoir affirmé qu'il ne lui appartenait pas de contrôler la validité des réserves émises sur la CEDH, le juge judiciaire français s'estime compétent pour contrôler des réserves portant sur d'autres conventions internationales. En pratique, l'incompétence du juge judiciaire affirmée dans l'arrêt commenté a donc vocation à s'appliquer de manière générale. Dans cette même note explicative, il est aussi relevé que « *le Gouvernement a invoqué la réserve française dans plusieurs requêtes actuellement pendantes devant la Cour européenne des droits de l'homme* ». Cette dernière devrait donc, sur la question de la validité de la réserve française à l'article 4 du Protocole n° 7, bientôt rendre une décision pour le moins attendue.

BAPTISTE TRANCHANT

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

CA Paris, Pôle 1, ch. 1, 24 septembre 2019, *République de Moldavie c. Société Komstroy venant aux droits de la société Energoalians*, n° 18/14721

[Arbitrage — Investissement — Question préjudicielle — Cour de Justice de l'Union européenne / Arbitration — Investment — Preliminary ruling — European Court of Justice]

« [...] Sur le moyen pris en sa première branche (le différend qui oppose les parties ne porte pas sur un investissement)

La République de Moldavie rappelle que les termes du TCE, en particulier l'article 26(1) qui fixe les conditions de l'offre d'arbitrage, doivent s'interpréter par application des principes généraux du droit international coutumier en la matière tels qu'énoncés à l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de1969.

Elle fait valoir que le TCE renvoie au sens ordinaire du terme "investissement" lequel requiert l'existence d'un apport, au regard des termes du traité, pris dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but. Elle estime que l'interprétation particulièrement large donnée par Energoalians aux termes du TCE n'est pas conforme aux principes d'interprétation du droit international, estimant que si la définition du TCE est évasive et se réfère à « tout type d'avoir » détenu par un investisseur, la liste d'exemples donnée à titre indicatif démontre au contraire que « tout avoir » ne constitue pas nécessairement un investissement.

Estimant donc que l'article 1(6) du TCE ne se suffit pas à lui seul et doit être interpréter, elle observe d'une part, que le TCE opère une distinction entre le commerce (Partie II) et les investissements (Partie III), laquelle est intitulée « Protection et Promotion des Investissements de Capitaux » dans la version authentique du TCE en langue russe qui a fait foi entre les parties dans la procédure arbitrale, d'autre part, que l'article 14(1) énonce explicitement l'obligation faite aux Etats de protéger l'apport en capital initial ou additionnel nécessaire à la constitution de l'investissement ou à son maintien et son développement.

Elle conclut qu'au regard tant de son sens ordinaire et dans son contexte qu'à la lumière des objectifs et du but du TCE énoncés dans son préambule, le terme "investissement" est nécessairement rattaché à l'action par l'investisseur d'apporter ou de transférer du capital, ou, d'autres ressources nécessaires au développement et au maintien d'une activité d'investissement, signification qui a été celle adoptée par le président du tribunal arbitral dans son opinion dissidente et qui rejoint la jurisprudence arbitrale.

Elle relève encore que le TCE dispose qu'une créance n'est un investissement qu'à une double condition, d'être issue « d'un contrat à valeur économique et associé à un investissement ». Or, elle observe que la créance d'Energoalians envers Moldtranselectro, qui résulte du contrat n° 24/02 n'a pas impliqué d'apport, que ce contrat auquel la créance est associée n'est pas lui-même un investissement, ayant pour seul objet la vente d'électricité, qu'Energoalians fournissait de l'électricité, ce qui constitue un acte de commerce, et que l'activité de Derimen consistait en des prestations d'affacturage, opérations purement financières, que la créance en cause ne correspond donc à aucune des catégories énumérées sous l'article 1(6), notamment ses alinéas (c) et (f).

Energoalians fait valoir en réponse que sa créance doit être qualifiée d'investissement associé à une activité économique dans le secteur de l'énergie au sens de l'article 1(6) du TCE, qu'en effet, la notion large d'investissement telle que comprise par le TCE - la liste qui y figure n'étant pas exhaustive mais seulement indicative - permet de retenir que tout type d'avoir contrôlé ou détenu par un investisseur est susceptible de constituer un investissement au sens de la Charte et que l'opération de financement d'énergie électrique de laquelle résulte la créance d'Energoalians constitue bien une opération "associée à une activité économique dans le secteur de l'énergie", en ce qu'elle a rendu possible la fourniture d'énergie à Moldtranselectro.

Energoalians considère qu'en tout état de cause, le tribunal arbitral a veillé à ce que la notion d'investissement aux termes du TCE ne s'éloigne pas exagérément du sens commun

© Editions A. Pedone

attribué au terme d'investissement et a justement tenu compte de l'objectif du TCE, consistant en la promotion des investissements dans le secteur de l'énergie et la résolution des litiges par la voie de l'arbitrage, que l'interprétation qu'il en a donné reflète la volonté des signataires et contribue à l'effet utile du TCE.

Energoalians relève que le tribunal arbitral aurait pu asseoir sa compétence sur une appréciation large de la notion d'investissement - à laquelle la pratique a fréquemment recours - selon laquelle les investissements étant, dans la plupart des cas, des opérations complexes composées d'une multitude d'opérations distinctes (fabrication, livraison, financement…), toute composante d'une opération d'investissement peut être qualifiée d'investissement, qu'en l'espèce, l'intervention de Derimen et l'obligation pour Moldtranselectro de régler à cette dernière les sommes dues au titre de la livraison d'énergie constituent une composante à part entière de l'opération d'investissement consistant en la fourniture d'énergie à la Moldavie. Elle ajoute également que l'article 26(1) du TCE prévoit un lien de rattachement souple et large entre le différend et l'investissement considéré, qui suffirait à fonder la compétence du tribunal arbitral.

[…]

L'article 1(8) précise que « "Investir" ou "réaliser des investissements" désigne le fait de réaliser de nouveaux investissements, en acquérant tout ou partie des investissements existants ou en se tournant vers d'autres domaines d'activités d'investissement ».

Les parties se sont opposées devant le tribunal arbitral sur l'interprétation à donner au sens du TCE au terme d'« Investissement » et continuent à s'opposer sur cette interprétation devant la cour d'appel de renvoi, saisie après l'arrêt rendu le 28 mars 2018 par la 1ère chambre civile de la Cour de cassation.

Le tribunal arbitral, adoptant la solution soutenue par Energolians, après avoir détaillé les circonstances établies au cours de la procédure (sentence § 185-205 et § 248), a retenu dans sa sentence qu'Energolians détenait un "Investissement" au sens du TCE envers l'entreprise publique (Moldtranselectro) exerçant dans le secteur de l'énergie, cette conclusion résultant de la définition assez large de ce terme adoptée par le TCE et soutenue par des auteurs reconnus, adoptée également par des sentences arbitrales rendues dans des différends d'investissement, dans le cadre duquel les tribunaux arbitraux se sont reconnus compétents pour le règlement de tels différends présentant des circonstances très similaires (sentence § 227 et suivants).

Le tribunal arbitral s'est référé en particulier à une série de sentences arbitrales relatives au TCE qui ont souligné que la très large liste d'avoirs contenue dans l'article 1(6) n'est pas exhaustive (sentence § 231) et dans lesquelles il a été conclu que la définition de l'« Investissement » de l'article 1(6) du TCE avait une « conception globale et neutre » et s'étendait à « tous types d'apports ». Il a estimé que le cas qui lui était soumis était directement décrit par le point (c) de l'alinéa 6 de l'article 1 du TCE.

Devant la cour d'appel, Energolians fait sienne l'interprétation large donnée par le tribunal arbitral au terme « Investissement » et la position de la 1ère chambre civile de la Cour de cassation dans son arrêt rendu le rendu le 28 mars 2018 selon laquelle le TCE ne pose aucun critère relatif à l'existence d'un apport et soutient qu'il est indifférent que l'investissement dont elle justifie résulte d'une cession de créance.

La République de Moldavie fait valoir au contraire que tant le sens ordinaire du terme "investissement" que son interprétation à la lumière des objectifs et du but du traité tels qu'ils ressortent du préambule du traité et de sentences arbitrales récentes (en particulier, Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A c. Espagne, sentence finale du 16 mai 2018, affaire CIRDI n° ARB/14/1) implique nécessairement un apport.

Dans son opinion dissidente, pour répondre à la question posée de savoir si Energolians a réalisé un « Investissement » en acquérant le 30 mai 2000 auprès de Derimen le droit de créance sur Moldtranselectro, le président du tribunal arbitral après avoir relevé que Derimen n'était pas un investisseur au sens de l'article 1(7), étant constitué aux Iles

© Editions A. Pedone

Vierges Britanniques, a estimé que même si l'article 1(6) définit le terme "Investissement" comme n'importe quel avoir, « interprétés correctement, l'article 1(6) et le TCE en général exigent que l'acquisition d'un tel avoir soit le résultat ou l'un des effets d'un processus économique d'investissement (de capitaux) » (opinion dissidente §11).

Pour conclure que le droit de créance acquis par Energolians ne constitue un investissement ni en application de l'article 1(6) (c), ni en vertu de l'article 1(6)(f), du TCE, le président du tribunal arbitral relève que la finalité de la partie III est de protéger les investissements de capitaux et non de simples droit de propriété sur les avoirs, invoque le sens général et usuel du mot "investissement", l'utilisation de ce terme aux articles 1(8), 9(3) et 19(1)i du TCE, l'objectif de l'article 1(6) étant d'établir les formes que peuvent prendre les investissements (opinion dissidente § 18). Il conclut que le sens usuel du mot investissement correspond à un investissement de capital ou d'efforts avec l'attente d'un certain rendement, que ce même mot suppose un certain délai avant que le rendement ne soit réalisé (c'est-à-dire une durée) et une certaine incertitude sur le montant du rendement (c'est-à-dire un risque commercial).

La réponse à la première branche du moyen dépend donc de l'interprétation de la notion d'« Investissement » au sens de l'article 1(6) du TCE.

[…]

Sur la saisine de la Cour de justice de l'Union européenne

Le Traité sur la Charte de l'énergie a été conclu par les Communautés européennes en vertu d'une décision 98/181/CE du 23 septembre 1997 du Conseil et de la Commission.

Aux termes de l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne :

« La Cour de justice de l'Union européenne est compétente pour statuer à titre préjudiciel :

a) sur l'interprétation des traités,

b) sur la validité et l'interprétation de ses actes pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union.

Lorsqu'une telle question est soulevée devant une juridiction d'un des Etats membres, cette juridiction peut, si elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement, demander à la Cour de statuer sur cette question ».

Le critère d'application de cette procédure est exclusivement tiré de la qualification de l'acte dont l'interprétation est sollicitée, à l'exclusion de toute considération relative à la nature du litige au principal ou à la qualité des parties devant le juge national.

Les accords mixtes conclus par l'Union et les Etats membres avec des tiers sont au nombre des actes pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union (CJCE 30 sept. 1987, aff. 12/86 Demirel ; CJUE 18 juil. 2013, aff.C 414/11 Sanofi-Aventis Deutschland).

Contrairement à ce que soutient donc Energolians, la CJUE est compétente pour connaître de ces questions d'interprétation relatives aux dispositions du Traité sur la Charte de l'énergie, en vertu de l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne en ce qu'elles visent à assurer l'application uniforme du droit de l'Union européenne et la cour d'appel de Paris, juridiction de l'ordre judiciaire, devant faire application des dispositions du TCE pour apprécier la compétence du tribunal arbitral, a la faculté de saisir la Cour de justice de ces questions d'interprétation, peu important que le différend des parties ait été soumis en premier lieu à un tribunal arbitral.

Il convient donc de soumettre à la CJUE les questions préjudicielles énoncées au dispositif. Il sera donc sursis à statuer jusqu'à ce que la Cour de justice se soit prononcée.

PAR CES MOTIFS :

Avant dire droit,

Soumet à la Cour de justice de l'Union européenne les questions préjudicielles suivantes :

- l'article 1(6) du Traité sur la Charte de l'énergie doit-il être interprété en ce sens qu'une créance issue d'un contrat de vente d'électricité qui n'a impliqué aucun apport de la

© Editions A. Pedone

part de l'investisseur dans l'état d'accueil peut constituer un « investissement » au sens de cet article ?

- l'article 26(1) du Traité sur la Charte de l'énergie doit-il être interprété en ce sens que constitue un investissement l'acquisition par un investisseur d'une partie contractante d'une créance constituée par un opérateur économique étranger aux Etats parties ?

- l'article 26(1) du Traité sur la Charte de l'énergie doit-il être interprété en ce sens qu'une créance appartenant à un investisseur, issue d'un contrat de vente d'électricité livrée à la frontière de l'Etat hôte, peut constituer un investissement réalisé dans la zone d'une autre partie contractante, en l'absence de toute activité économique exercée par l'investisseur sur le territoire de cette dernière ? »

Il relève du truisme de rappeler que le droit international de l'investissement est construit sur la notion d'investissement ; mais tout connaisseur, même lointain, de cette discipline sait que cette notion centrale est aussi contestée que ses contours incertains. L'arrêt rendue par la Cour d'appel de Paris le 24 septembre 2019 (CA Paris, Pôle 1, ch. 1, 24 septembre 2019, *République de Moldavie c. Société Komstroy venant aux droits de la société Energoalians.* n° 18/14721 ; *D. actualité*, 29 octobre 2019, chron. J. JOURDAN-MARQUES ; *Gaz. Pal.*, 19 novembre 2019, p. 22, obs. D. BENSAUDE ; *Global Arbitration Review*, 26 septembre 2019, obs. C. SANDERSON ET S. PERRY ; *D.*, 2019, p. 2436, chron. Th. CLAY) en offre une éclatante illustration en prolongeant devant le juge interne des débats fréquents devant (ou entre) les tribunaux arbitraux constitués sur le fondement de traités d'investissement.

L'affaire à l'origine de l'arrêt du 24 septembre 2019 est bien connue des lecteurs de cette chronique (Cass. 1ère civ., 28 mars 2018, *Société Komstroy (venant aux droits de la société Energoalians) c. République de Moldavie*, n° 16-22494 ; cette chronique, cette *Revue*, 2018-3, p. 784, note B. TRANCHANT ; *JDI*, 2019, p. 160, note E. GAILLARD ; *Revue de jurisprudence commerciale*, 2019, n° 1, p. 27, note B. MOREAU ; *Rev. Arb.*, 2018, p. 561, note C. FOUCHARD ; *Gaz. Pal.*, 2018, n° 27, p. 21, note D. BENSAUDE). Le différend entre la société Energoalians et la République de Moldavie avait été réglé par une sentence rendue le 23 octobre 2013 (et non le 25 octobre 2013 comme l'indiquent toutes les décisions des juridictions françaises ; le 25 octobre 2013 est en revanche la date de l'opinion dissidente du président du tribunal arbitral) par un tribunal arbitral constitué sur le fondement du Traité sur la Charte de l'énergie conformément au règlement d'arbitrage de la Conférence des Nations Unies pour le Droit du Commerce International (CNUDCI). La sentence officielle et l'opinion dissidente du président du tribunal ont été rendues en langue russe mais des traductions anglaises non-officielles de ces deux textes ont été largement diffusées. Ce sont ces dernières versions non-officielles qui ont été utilisées pour le présent commentaire.

La sentence avait été rendue par la majorité du tribunal, son président ayant émis une opinion dissidente étayée contestant l'existence d'un investissement réalisé par Energoalians protégé par le traité sur la Charte de l'énergie. Il s'était opposé à la position soutenue par les deux co-arbitres en soulignant que la jurisprudence des tribunaux du CIRDI doit certes être abordée avec prudence dans la mesure où l'arbitrage n'est pas conduit devant un tribunal constitué sur le fondement de la convention de Washington, mais il précise que dans la mesure où la mission du tribunal est de définir la notion d'investissement, déterminer son sens ordinaire, il est pertinent de mobiliser la jurisprudence des tribunaux CIRDI appelés à exercer la même mission (opinion dissidente

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

de D. Pellew, 25 octobre 2013, § 20). Il appelle alors, sans se référer à la décision *Salini*, à considérer que tout investissement nécessite la réunion d'un apport, d'une opération inscrite dans la durée avec pour l'opérateur économique l'existence d'un risque et pour l'Etat une contribution à son développement économique. Or, selon le président, les critères de l'apport (op. diss., § 21), de la durée (op. diss., § 25) ou de la contribution au développement économique de l'Etat (op. diss., § 26) ne seraient pas satisfaits ici.

Il convient de rappeler brièvement le montage ayant abouti à la sentence rendue en 2013. Une série de contrats a été conclus entre Energoalians (société ukrainienne de droit privé), Derimen (société immatriculée aux iles vierges britanniques), Ukrenergo (producteur ukrainien d'électricité) et Moltranselectro (entreprise publique moldave). Par le contrat n° 24/02, de l'électricité, produite par Ukrenergo est vendue par Energoalians à Derimen qui la revend à Moldtranselectro. Or, cette dernière entreprise a rapidement accumulé des dettes envers Derimen alors que celle-ci avait bien payé au prix convenu l'électricité facturée par energoalians. En mai 2000, Derimen cède à energoalians plusieurs créances qu'elle détenait sur Moldtranselectro sur le fondement du contrat n° 24/02. Après avoir en vain porté ses réclamations devant les juridictions moldaves et ukrainiennes, Energoalians initia une procédure arbitrale sur le fondement du traité sur la Charte de l'énergie et conformément au règlement d'arbitrage CNUDCI.

1. DÉFINITION DE L'INVESTISSEMENT PROTÉGÉ PAR LE TRAITÉ SUR LA CHARTE DE L'ÉNERGIE

Il s'agit de s'interroger sur le fait de savoir si l'opération en question est un investissement protégé par le traité sur le fondement duquel le tribunal a été établi : le traité sur la Charte de l'énergie. Les termes du débat sont bien connus. S'agit-il de déterminer ce qu'est un investissement de manière objective ou peut-on se contenter de rechercher la qualification d'investissement protégé ? (pour une présentation claire de la notion : J. MATRINGE, « La notion d'investissement », Ch. LEBEN, (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Pedone, 2015, pp. 135-160). La question pertinente est évidemment de déterminer si l'opération objet du différend est un investissement protégé par le traité sur le fondement duquel le tribunal arbitral a été institué, mais cela n'exclut pas toute référence à une définition objective de l'investissement.

Le traité sur la Charte de l'énergie définit l'investissement protégé à l'article 1.6 :

« "*Investissement" désigne tout type d'avoir détenu ou contrôlé directement ou indirectement par un investisseur et comprenant :*

a) les biens matériels et immatériels, mobiliers et immobiliers, et tous droits de propriété tels que locations, hypothèques, créances privilégiées et gages ;

b) une société ou entreprise commerciale ou les actions, capitaux ou toute autre forme de participation au capital dans une société ou entreprise commerciale, ainsi que les obligations, titres ou autres dettes d'une société ou d'une entreprise commerciale ;

c) les créances liquides ou les droits à prestations au titre d'un contrat à valeur économique et associé à un investissement ;

d) la propriété intellectuelle ;

e) les rendements ;

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

f) tout droit conféré par la loi ou par contrat ou découlant de licences ou d'autorisations délivrées conformément à la loi pour l'exercice d'une activité économique dans le secteur de l'énergie.

La modification de la forme sous laquelle les avoirs sont investis n'affecte pas leur caractère d'investissement, et le terme "investissement" couvre tous les investissements, qu'ils existent à la date d'entrée en vigueur ou qu'ils soient réalisés postérieurement à la date d'entrée en vigueur du présent traité pour la partie contractante d'où provient l'investisseur ou pour la partie contractante dans la zone de laquelle l'investissement est réalisé, ci-après appelée "date effective", à condition que le traité ne s'applique qu'aux matières affectant ces investissements après la date effective.

Le terme "investissement" vise tout investissement associé à une activité économique dans le secteur de l'énergie et tout investissement ou toute catégorie d'investissements réalisés dans sa zone par une partie contractante, désignés par elle comme des "projets d'efficacité de la Charte", et notifiés en tant que tels au Secrétariat ».

Le tribunal arbitral s'était déclaré compétent en considérant que l'opération sur laquelle porte le différend était bien un investissement au sens de cette disposition. Mais on le sait, saisie d'une demande d'annulation de la sentence arbitrale, la Cour d'appel de Paris a considéré en 2016 que c'est à tort que le tribunal arbitral s'était reconnu compétent dans la mesure où l'opération pourrait certes être qualifiée d'investissement au sens du traité sur la Charte de l'énergie mais ne remplirait pas les critères objectifs de qualification de la notion d'investissement (CA Paris, pôle 1, ch. 1, 12 avril 2016, *République de Moldavie c. Komstroy venant aux droits de la société Energoalians*, n° 13/22531 ; *Cahiers de l'arbitrage – The Paris Journal of International Arbitration*, 2017, pp. 357-363, note M. AUDIT ; *Cahiers de l'arbitrage – The Paris Journal of International Arbitration*, 2016, pp. 935-941, note W. BEN HAMIDA ; *Gazette du Palais*, 2016, n° 26, pp. 25-25, note D. BENSAUDE ; *Revue de l'arbitrage*, 2016, pp. 833-851, note C. FOUCHARD ; *Cahiers de l'arbitrage – The Paris Journal of International Arbitration*, 2016, pp. 514-516, note P. PEDONE). Il s'agit ainsi de faire appel à une méthode bien connue dans le cadre de l'arbitrage CIRDI sous l'appellation de double test. Face à un différend, la plupart des tribunaux arbitraux du CIRDI recherchent si l'opération sur laquelle porte le différend relève de la notion d'investissement au sens du traité ou de la loi de protection de l'investissement. C'est-à-dire que le tribunal doit rechercher si l'opération est subjectivement un investissement protégé. Il s'agira ensuite (l'ordre de traitement peut varier) de rechercher si l'opération est également un investissement protégé au sens de la convention de Washington du 18 mars 1965 établissant le CIRDI. On le sait, malgré des tentatives les Etats participant à la négociation de la convention décidèrent de ne pas inscrire de définition dans la version adoptée. Les administrateurs de la BIRD expliquent dans leur rapport joint à la convention de Washington qu'il « *n'a pas été jugé nécessaire de définir le terme ''investissement'', compte tenu du fait que le consentement des parties constitue une condition essentielle et compte tenu du mécanisme par lequel les Etats contractants peuvent, s'ils le désirent, indiquer à l'avance les catégories de différends qu'ils seraient ou ne seraient pas prêts à soumettre au Centre (article 25(4))* » (Banque internationale de reconstruction et de développement, *Rapport des administrateurs sur la convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats*, 18 mars 1965, § 27). Si l'explication est peu convaincante, spécialement depuis la reconnaissance

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

de la technique du consentement dissocié, il n'est pas question de revenir sur l'absence de définition de l'investissement à l'article 25 de la convention de Washington. Dans un tel contexte, les tribunaux arbitraux du CIRDI ont été appelés à identifier ce qu'est objectivement un investissement. Sans que l'on sache vraiment pourquoi celle-ci est devenue la référence, nombre de tribunaux CIRDI se réfèrent à la décision sur la compétence rendue par un tribunal CIRDI dans l'affaire Salini (T. CIRDI, 23 juillet 2001, *Salini Costruttori S.P.A. et Italstrade S.P.A. c. Royaume du Maroc*, décision sur la compétence, §§ 50-58). Les termes du « test Salini » sont bien connus : l'investissement nécessite un apport, dans la durée, comportant un risque pour l'opérateur économique et contribuant au développement économique de l'Etat d'accueil de l'opération. La Cour d'appel saisie d'un recours en annulation de la sentence arbitrale avait considéré en 2016 que faute d'apport, l'opération n'était pas qualifiable d'investissement. Il ne s'agit pas de reprendre les termes du test Salini, qui n'est mentionné dans aucune des décisions rendues par les juridictions françaises au sujet de la sentence *Energoalians*. La Cour d'appel (2016), se contente de considérer que le traité sur la Charte de l'énergie utilise le terme investissement dans deux sens différents : l'un renvoie à « investissement protégé », l'autre à l'investissement dans un sens objectif (ou usuel). Ainsi, ne seraient protégés que les opérations objectivement qualifiables d'investissement entrant dans les catégories visées à l'article 1.6 du traité sur la Charte de l'énergie.

Cette solution a été « *écartée assez sèchement* » (cette chronique, cette *Revue*, 2018-3, p. 788, note B. TRANCHANT ; *Journal du droit international*, 2019, p. 164, note E. GAILLARD,) par la Cour de cassation saisie d'un pourvoi contre l'arrêt de la Cour d'appel. Elle affirme « *qu'en statuant ainsi alors que les dispositions de ce traité [le TCE] ne précisent pas les critères caractérisant un investissement, mais énumèrent seulement, de manière non limitative, des actifs considérés comme des investissements, la cour d'appel (...) a ajouté une condition que le traité ne prévoit pas* » (Cass. 1ère civ., 28 mars 2018, *Société Komstroy (venant aux droits de la société Energoalians) c. République de Moldavie*, n° 16-22494).

La position de la Cour de cassation est discutable en ce qu'elle conduit à considérer qu'une opération pourrait être qualifiée d'investissement protégé sans même que la condition de l'apport soit remplie. La formulation retenue à l'article 1.6 du traité sur la Charte de l'énergie n'est certes pas des plus claires, mais il apparait assez raisonnable de défendre que la formule « *[l]e terme "investissement" vise tout investissement associé à une activité économique dans le secteur de l'énergie et tout investissement ou toute catégorie d'investissements réalisés dans sa zone par une partie contractante, désignés par elle comme des "projets d'efficacité de la Charte", et notifiés en tant que tels au Secrétariat* » renvoie bien à l'idée que « l'investissement protégé » doit être un « investissement » dans sa définition objective ou son sens usuel. Il est certain que les Etats seraient bien inspirés d'améliorer les qualités rédactionnelles de leurs instruments de protection des investissements internationaux mais la solution consacrée par la Cour de cassation (qui peut être justifiée par certains tribunaux arbitraux : T. CIRDI, 11 juillet 1997, *Fedax NV c. Venezuela*, ARB/96/3, décision sur la compétence, § 31) revient à consacrer une approche purement subjective de l'investissement. Cette approche n'est pas totalement étrangère à la Cour d'appel de Paris qui l'avait retenue dans le cadre de l'affaire Romak (Cour d'appel de Paris, 4 décembre 2008, *Etat de la République d'Ouzbékistan et autres c. Société Romak SA Geneva*, n° 08/07441 ; cette chronique,

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

cette *Revue*, 2009, p. 950, note Y. NOUVEL ; *International Arbitration Report*, 2009, n° 2, p. 30, note J. KIRKY, D. BENSAUDE).

Ces difficultés ne sont pas propres aux juridictions françaises et témoignent de l'incertitude née des différences de méthode retenues par les tribunaux arbitraux. Certains mettent en œuvre ce double test (notamment : CPA, 23 aout 2019, *Professor Christian Doutremepuich et Antoine Doutremepuich c. République de Maurice*, PCA n° 2018-37, sentence sur la compétence, §§ 109-148 ; T. CIRDI, 27 juin 2017, *Capital Financial Holdings Luxembourg S.A. c. République du Cameroun*, ARB/15/18, sentence, § 413), tandis que d'autres semblent se contenter de la qualification d'investissement au regard du TBI applicable (T. CIRDI, 6 juin 2016, *RREEF Infrastructure (G.P.) Limited et RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à.r.l. c. Espagne*, ARB/13/30, décision sur la compétence, § 157). Ces approches divergentes sont évidemment un facteur d'incertitude pour l'Etat et l'investisseur en cas de soumission d'un différend à un tribunal arbitral. L'un des moyens pour les Etats de supprimer cette incertitude consiste à intégrer, dans l'instrument applicable des éléments qui reprendraient les termes de ce qui est présenté comme une définition objective de l'investissement (un appel en ce sens : B. REMY, « Centre international de règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI). Chronique des sentences arbitrales », *Journal du droit international*, 2017, n° 1, p. 236). Il s'agit le plus souvent de se référer au test *Salini* (apport, durée, risque, contribution au développement) mais les pratiques peuvent varier à la marge. Le projet de code panafricain des investissements énonce ainsi, à la suite d'une liste ouverte d'opérations exemplatives de l'investissement, qu'un « *investissement selon le présent Code doit présenter les caractéristiques suivantes : une activité commerciale importante (...), l'engagement de capitaux ou d'autres ressources, l'espoir d'un gain ou d'un profit, la prise de risque, et une contribution significative au développement de l'Etat d'accueil* » (*Projet de Code panafricain des investissements*, 26 mars 2016, chapitre 1, art. 4.4). On peut dans le même sens mentionner le modèle indien de TBI (*BIT Model of India*, December 2015, art. 1.4) ou le TBI Maroc – Nigeria, avec pour ce dernier la singularité de ne protéger que les opérations qui contribuent au « développement durable » de l'Etat (*Reciprocal Investment Promotion and Protection Agreement between the Government of the Kingdom of Morocco and the Government of the Federal Republic of Nigeria*, Abuja, 3 décembre 2016, art. 1). D'autres instruments reprennent certains des critères du test *Salini* sans les intégrer tous. C'est notamment le cas des modèles de l'Azerbaïdjan (*Model BIT of Azerbaïdjan*, 15 avril 2016, art. 1.1) ou de la Norvège (*Model BIT of Norway*, 2015, art. 2) qui n'intègrent pas la condition de contribution au développement économique de l'Etat. On sait que ce dernier élément est souvent considéré comme découlant implicitement de la réunion des autres éléments d'identification de l'investissement (T. CIRDI, 8 mai 2008, *Victor Pey Casado et Fondation Président Allende c. Chili*, ARB/98/2, sentence, §§ 374-375) quand il n'est pas purement et simplement écarté (T. CIRDI, 27 juin 2017, *Capital Financial Holdings Luxembourg S.A. c. République du Cameroun*, ARB/15/18, sentence, § 422). Enfin, certains traités adoptent une approche étonnante vis-à-vis du test Salini. Ainsi, l'accord de libre-échange Corée – Etats-Unis de 2007 retient les critères d'apport, d'attente d'un profit et de risque, mais de manière uniquement alternative et non cumulative, ce qui apparait pour le moins étonnant (*Accord de libre-échange Corée - Etats-Unis*, 30 juin 2007, art. 11.28 ; pour une mise en œuvre : Tribunal arbitral du Centre d'arbitrage

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

international de Hong Kong, 24 septembre 2019, *Jin Hae Seo c. République de Corée*, HKIAC n° 18117, sentence finale, §§ 90 et s.).

2. QUESTION PRÉJUDICIELLE

Il ressort implicitement de l'arrêt rendu en 2019 par la Cour d'appel de Paris que celle-ci n'entend pas se rallier à la position défendue par la Cour de cassation concernant la définition de l'investissement protégé par le traité sur la Charte de l'énergie. Mais évidemment le « combat » est inégal et pour espérer l'emporter, la Cour d'appel mobilise un acteur dont le rayonnement en matière de contentieux international de l'investissement est aussi grandissant que contesté. Comme elle l'avait fait dans le recours ayant abouti à l'arrêt rendu le 12 avril 2016 par la Cour d'appel de Paris, la République de Moldavie demande l'annulation de la sentence arbitrale ou, subsidiairement, de « *saisir la CJUE de questions préjudicielles relatives à l'interprétation du TCE [traité sur la Charte de l'énergie] qui seraient considérées déterminantes pour la solution du litige* » (CA Paris, pôle 1, ch. 1, 12 avril 2016, *République de Moldavie c. Komstroy venant aux droits de la société Energoalians*, n° 13/22531).

Il est indéniable qu'en décidant en 2019 d'accéder à la demande de renvoi à la Cour de justice de l'Union européenne, la Cour d'appel de Paris entend marquer une certaine défiance vis-à-vis de la Cour de cassation à l'interprétation de laquelle elle ne semble pas prête à se rallier. Il serait bien aventureux de chercher à anticiper ce que sera la position de la Cour de justice, mais il est intéressant, voire cocasse, de voir la Cour de justice, tant décriée par les spécialistes de l'arbitrage d'investissement suite à sa décision *Achmea* (CJUE, 6 mars 2018, *Slowakische Republik c. Achmea*, aff. C-284/16 ; notre commentaire, *RTDEur*, 2018, p. 597) être appelée au secours des spécificités du droit des investissements à travers la défense d'une définition objective de l'investissement.

Voir une juridiction française adresser à la Cour de justice une question préjudicielle relative à l'arbitrage n'est pas absolument inédit (CA Paris, pole 1, ch. 1, 23 septembre 2014, *Genetech Inc. c. Hoechst GmbH et Sanofi-Aventis Deutschland GmbH*, n° 12/21810 et CJUE, 7 juillet 2016, *Genentech Inc. c. Hoechst GmbH et Sanofi-Aventis Deutschland GmbH*, C-567/14) mais le contexte est ici bien singulier. Le traité sur la Charte de l'énergie réunit l'Union européenne, les Etats membres (à l'exclusion de l'Italie qui l'a dénoncée en 2016) et des Etats tiers. Selon une jurisprudence constante de la Cour de justice un accord auquel est partie l'Union relève du droit de l'Union européenne et donc peut faire l'objet d'une question préjudicielle devant elle (CJCE, 30 avril 1974, R. & V. *Haegeman c. Belgique*, aff. 181/73). Mais s'agissant des accords mixtes, ce qu'est assurément le traité sur la Charte de l'énergie, les principes ne sont pas aussi nets. Il s'agit en effet de considérer que la Cour est compétente pour interpréter, par la voie préjudicielle les dispositions au regard desquelles l'Union européenne peut exercer sa compétence (cela ressort implicitement de : CJCE, 15 novembre 1994, *Compétence de la Communauté pour conclure des accords internationaux en matière de services et de protection de la propriété intellectuelle*, Avis 1/94, *Rec.*, p. I-5267). Ainsi, il ne fait aucun doute que la Cour est compétente pour interpréter, par la voie préjudicielle, une disposition d'un accord mixte pour laquelle l'Union dispose d'une compétence exclusive (CJCE, 30 sept. 1987, *Meryem Demirel c. Ville de Schwäbisch Gmünd*, aff. 12/86, *Rec.*, p. 3719, spéc. pts 9-12). Il en va de même pour l'interprétation d'une disposition relevant d'un champ de compétences

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

partagées entre l'Union européenne et les Etats membres lorsque l'Union a exercé sa compétence législative (CJCE, 16 juin 1998, *Hermès international c. FHT Marketing Choice BV*, aff. C-53/96, *Rec.*, p. I-3603, spéc. pt. 22-33). Dans une troisième catégorie figurent les dispositions relevant d'un domaine de compétences partagées entre l'Union et ses Membres et dans lequel l'Union n'a pas encore légiféré. Enfin nous pourrions envisager le cas dans lequel la disposition relève d'une compétence exclusivement étatique. Pour ces deux dernières catégories, la jurisprudence de la Cour de justice n'est pas clairement établie (CJCE, 5 février 1976, *Conceria Daniele Bresciani c. Amministrazione Italiana delle Finanze*, aff. 87/75, *Rec.*, p. 129) mais il semble qu'elle retienne une conception extensive des situations dans lesquelles elle est habilitée à se prononcer sur l'interprétation d'une disposition d'un accord mixte par la voie préjudicielle (voir N. FENGER, M. BROBERG, *Le renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'Union européenne*, Larcier, 2013, spéc. chap. 4). Il apparait raisonnable, spécialement au regard des solutions dégagées par la Cour de justice dans ses avis 2/15 (CJUE, plen., 16 mai 2017, *Accord de libre-échange avec Singapour*, Avis 2/15) et 1/17 (CJUE, plen., 29 avril 2019, *Accord économique et commercial global Union européenne - Canada*, Avis 1/17), de penser qu'elle se déclarera compétente pour répondre aux questions portées devant elle par la Cour d'appel de Paris :

> « *- l'article 1(6) du Traité sur la Charte de l'énergie doit-il être interprété en ce sens qu'une créance issue d'un contrat de vente d'électricité qui n'a impliqué aucun apport de la part de l'investisseur dans l'état d'accueil peut constituer un « investissement » au sens de cet article ?*
>
> *- l'article 26(1) du Traité sur la Charte de l'énergie doit-il être interprété en ce sens que constitue un investissement l'acquisition par un investisseur d'une partie contractante d'une créance constituée par un opérateur économique étranger aux Etats parties ?*
>
> *- l'article 26(1) du Traité sur la Charte de l'énergie doit-il être interprété en ce sens qu'une créance appartenant à un investisseur, issue d'un contrat de vente d'électricité livrée à la frontière de l'Etat hôte, peut constituer un investissement réalisé dans la zone d'une autre partie contractante, en l'absence de toute activité économique exercée par l'investisseur sur le territoire de cette dernière* ? ».

Il serait bien ambitieux de tenter de prédire ce que pourra être la solution apportée par la Cour de Justice aux questions posées. Mais le fait qu'elle soit appelée à donner une interprétation de la notion d'investissement à l'occasion d'un différend opposant un opérateur économique ukrainien à la Moldavie, c'est-à-dire sans autre lien avec l'Union européenne que le siège parisien du tribunal arbitral institué pour régler le différend, ne manquera pas d'attirer des commentaires. Il est vrai que le sens de la notion d'investissement protégé par le traité sur la Charte de l'énergie ne saurait varier en fonction de la nationalité de l'opérateur économique et de l'identité de l'Etat défendeur, mais l'expansion de l'emprise de la juridiction européenne sur le contentieux international de l'investissement ne peut que susciter des réactions. Comme le souligne Thomas Clay, « *il y a fort à parier que la réponse donnée par la CJUE s'imposera systématiquement à l'avenir à la juridiction parisienne qui s'est ainsi, en quelque sorte, mise définitivement entre les mains de la plus hostile à l'arbitrage de toutes les juridictions continentales* » (Th. CLAY, « Chronique : Arbitrage et modes alternatifs de règlement des différends », *D.*, 2019, p. 2436). La solution dégagée par la Cour de justice étendra bien évidemment ses effets à l'égard des juridictions françaises, bien au-delà de la seule affaire Komstroy. Quitte à accepter le principe même du recours à la question préjudicielle, on peut regretter que la Cour d'appel de Paris limite sa première question à la condition de l'apport alors que l'opinion dissidente du président du tribunal arbitral

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

montrait également le caractère problématique dans le contexte de l'affaire Energoalians des conditions de durée et de contribution au développement économique de la République de Moldavie (opinion dissidente de D. PELLEW, §§ 25-26).

Au regard du droit de l'Union européenne, il ne fait aucun doute que la position de la Cour d'appel est tout à fait justifiable. Celle-ci prend bien le soin d'affirmer que le « *critère d'application de cette procédure [le renvoi préjudiciel] est exclusivement tiré de la qualification de l'acte dont l'interprétation est sollicitée, à l'exclusion de toute considération relative à la nature du litige au principal ou à la qualité des parties devant le juge national* ». Ainsi, le fait que le différend ait donné lieu à un arbitrage entre deux parties qui ne sont pas soumises au droit de l'Union européenne ne modifie en rien le droit, pour le juge français de l'annulation de renvoyer, devant la Cour de justice par la voie préjudicielle, une question d'interprétation d'un accord mixte. La demande de question préjudicielle a été enregistrée par la Cour de justice le 8 octobre 2019 sous le numéro C-741/19 (*JOUE* n° 2019/C 413, 9 décembre 2019, p. 34).

Mais, comme le souligne J. Jourdan-Marques, cette solution peut poser des difficultés considérables au regard du droit de l'arbitrage (*D. actualité*, 29 octobre 2019, chron. J. JOURDAN-MARQUES). Il estime qu'en adressant à la Cour de justice cette question préjudicielle, « *la cour d'appel de Paris va au-delà du simple contrôle de la sentence. Elle attend de la Cour de justice une interprétation uniforme qu'elle retiendra systématiquement pour l'avenir. Autant, la solution est concevable lorsque la norme devant faire l'objet d'une interprétation concerne un intérêt public de dimension européenne (le droit de la concurrence, par ex.), autant on peut être plus réservé sur l'intérêt d'une telle harmonisation lorsqu'il s'agit de simples intérêts privés* ». En outre, cette décision de la Cour d'appel pourrait être vue comme niant l'autonomie de l'arbitrage en ne limitant pas le rattachement à l'ordre juridique français aux dispositions impératives du droit national de l'arbitrage. Une troisième observation est moins convaincante. J. Jourdan-Marques affirme que seul l'ordre juridique français a été désigné par les parties pour contrôler la sentence, et que le fait de « *[d]onner le dernier mot au juge d'un ordre juridique qui n'est pas celui désigné par les parties peut être examiné comme une violation de la volonté de ces dernières* ». L'ordre juridique français intègre et reflète la qualité d'Etat membre de l'Union européenne ; dès lors, il apparait contestable de défendre une parfaite autonomie (confinant à l'hermétisme) de l'ordre juridique étatique vis-à-vis de l'ordre juridique de l'Union européenne, spécialement dans le contexte d'un différend ayant pour fondement un accord mixte. Quelle que soit la solution apportée par la Cour de justice aux questions posées, la décision de la Cour d'appel ne fait que souligner une fois encore, la nécessité pour les parties à un arbitrage de procéder avec le plus grand soin à la détermination du siège du tribunal.

Plutôt que d'une volonté de « *se mettre entre les mains* » de la Cour de justice (Th. CLAY, « Chronique : Arbitrage et modes alternatifs de règlement des différends », *D.*, 2019, p. 2436), il nous semble que la Cour d'appel recherche, mais en prenant le risque de recevoir une réponse qui lui déplait, la main secourable de la Cour de justice face à une interprétation défendue par la Cour de cassation à laquelle elle n'entend pas se plier. Il ne parait pas déraisonnable de voir ici, peut-être à courte vue, une forme d'instrumentalisation de la Cour de justice.

JULIEN CAZALA

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

BIBLIOGRAPHIE CRITIQUE

Sous la direction de

Sébastien TOUZÉ

avec les notules de

Pierre DURAND, Mathilde FRAPPIER et Claire MERIC

NOTULES

MOUTON (JEAN-DENIS) ET KOVÁCS (PÉTER). — *Le concept de citoyenneté en droit international*, 1 vol. broché de 720 p., 2019, Leiden/Boston (Editions Brill Nijhoff), ISBN : 978 90 04 37372 3 1

Cet ouvrage est issu des travaux du Centre d'étude et de recherche de l'Académie de droit international de La Haye conduits lors de la session 2016. Il s'ouvre sur les rapports introductifs des deux directeurs d'études, Péter Kovács pour la session en langue anglaise, et Jean-Denis Mouton pour la session en langue française. Le sujet choisi permet de revenir sur de grandes questions relatives au statut de l'individu en droit international à la lumière des développements récents, tant au niveau universel que régional. Malgré le titre de l'ouvrage, il est autant question de citoyenneté que de nationalité dans les différentes contributions.

Sous la houlette de leur directeur d'étude respectif, les deux sessions n'ont pas exactement retenu la même approche du sujet, afin de couvrir le plus grand nombre de questions et éviter les redites. Les rapports introductifs s'en font le reflet. Celui du juge Kovács offre une perspective historique détaillée du concept de citoyenneté dans les relations interétatiques. Pour sa part, il tient les concepts de « citoyenneté » et de « nationalité » comme synonymes. Il s'attache alors à démontrer que la question du rôle du droit international face à la compétence étatique en matière d'octroi et de perte de nationalité n'a jamais perdu de son actualité. Au fil du temps, la question réapparait sous un nouveau jour selon les événements internationaux, dont l'adoption des lois de Nuremberg par le régime nazi ou la réorganisation territoriale après la dislocation du bloc soviétique ne sont que des exemples. La nationalité émerge en même temps que l'État souverain ; de nombreuses institutions du droit international public en sont indissociables, que l'on pense à la compétence personnelle, la protection diplomatique ou encore aux relations consulaires. Aujourd'hui, ce sont les phénomènes de double nationalité, de succession d'États, d'apatridie ou de régionalisation qui renouvellent la question des rapports entre droit international et nationalité. Quant au rapport du professeur Mouton, il propose une perspective conceptuelle, s'attachant à clarifier la distinction et les relations entre la « nationalité » et la « citoyenneté ». Du point de vue du droit international, si la nationalité est un lien de rattachement, la citoyenneté est un

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

ensemble de droits et d'obligations liés à l'appartenance à une communauté politique. Nationalité et citoyenneté sont ainsi amenées à s'articuler, sans se confondre. Si l'État est la communauté politique d'appartenance, il n'est pas la seule. L'autonomie de la citoyenneté vis-à-vis de la nationalité permet de saisir les situations encore récentes pour le droit international de quasi-nationalité et de citoyenneté commune.

Chaque contribution peut être lue indépendamment des autres. Toutefois, l'ensemble permet de saisir à la fois la persistance et le dépassement de la nationalité comme lien de rattachement d'une personne à l'État en droit international. De même, il témoigne d'un encadrement progressif de la compétence étatique en matière de nationalité par le double biais de la protection internationale des droits de l'homme et des processus d'intégration régionale. La première partie regroupe des contributions analysant les « problèmes théoriques communs ». Sont successivement abordés les problèmes de la double nationalité, de la nationalité lors d'une succession d'États, de la nationalité des États non reconnus, de l'apatridie, des droits de la femme et de l'enfant en matière de nationalité. La deuxième partie réunit des contributions éclairant les « réponses régionales aux défis et problèmes particuliers ». Elle constitue un véritable apport pour l'internationaliste francophone qui connaîtrait bien les travaux menés lors du Colloque de Poitiers de la SFDI sur « Droit international et nationalité ». De nombreux cadres régionaux sont examinés : européen (à la fois celui du Conseil de l'Europe et de l'Union européenne), américain, africain, mais aussi *Commonwealth* et communauté hispanique. L'ouvrage est ainsi une source d'informations et d'analyses considérables. Des dizaines de traités et la pratique de nombreuses juridictions internationales sont évoqués, parmi lesquelles la CIJ, la CPI, la CJUE, la CEDH, la CIADH, et la CAfDHP. Le choix a été fait de ne traiter que de la nationalité et de la citoyenneté des personnes physiques, mais en examinant à la fois le développement de règles générales et la multiplication des règles régionales. C'est un pari réussi.

MATHILDE FRAPPIER

ABI-SAAB (GEORGES), KEITH (KENNETH), MARCEAU (GABRIELLE) ET MARQUET (CLÉMENT) (DIR.). — *Evolutionary Interpretation and International Law*, 1 vol/ Broché de 368 p., 2019, Oxford (Hart Publishing), ISBN : 978 1 50992 988 7 2

> « [T]out instrument international doit être interprété et appliqué dans le cadre de l'ensemble du système juridique en vigueur au moment où l'interprétation a lieu. » (CIJ, *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de Sécurité*, avis consultatif du 21 juin 1971, §53).

Définie en introduction par Georges ABI-SAAB, l'interprétation est à la fois un processus de cognition, un acte de volonté et une manifestation d'autorité. Il s'agit en effet pour l'interprète de vouloir donner un sens à un énoncé, et de vouloir imposer celui-ci au-delà de son propre travail. En ce sens, l'interprétation a un rôle normatif fondamental. L'interprétation dite évolutive, au cœur de cet opus, joue un rôle particulier puisqu'elle constitue le vecteur de l'adaptabilité du droit international aux changements des relations sociales qu'il entend régir. Les directeurs de publications soulignent d'emblée la difficulté de définition de ce caractère « évolutif » de l'interprétation

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

(voy. également l'article fondateur de Giovanni DISTEFANO, « L'interprétation évolutive de la norme internationale, cette revue, 2011, vol. 115, p. 373 et s.).

La première partie de l'ouvrage approche la question de manière théorique en tentant de justifier le fonctionnement de l'interprétation évolutive en droit international. Robert KOLB propose une thèse d'ensemble selon laquelle l'interprétation évolutive constitue une « *clausula rebus sic stantibus writ small* » rendue indispensable par le passage du temps et les modifications qu'il opère sur le contexte des rapports juridiques internationaux. L'article 62 de la Convention de Vienne sur le droit des traités utilise le changement de circonstances, s'il est fondamental, comme un moyen d'invoquer la terminaison des traités. À l'inverse, l'interprétation évolutive permet d'accommoder les changements en douceur. KOLB montre que les changements qui justifient le recours à l'interprétation évolutive peuvent être endogènes, lorsqu'ils concernent l'énoncé même de la norme, ou exogènes, dès lors qu'ils portent sur son contexte (« *environmental surroundings* »). En s'appuyant sur la règle d'interprétation de la Convention de Vienne, Christian DJEFFAL compare ensuite interprétation statique et interprétation évolutive et montre que la diversité des moyens d'interprétation mis à la disposition de l'interprète lui impose de couler son raisonnement dans un moule argumentaire recevable (voy. ALLAND, « La théorie réaliste de l'interprétation et des contraintes juridiques à l'épreuve du droit international public », *Droits*, 2012, vol. 55, p. 97-99). À travers plusieurs exemples, les études d'Eirik BJORGE et Donald MCRAE montrent, respectivement, le rôle que peuvent jouer l'intention des parties et le contexte dans l'interprétation évolutive d'un traité. La contribution de Julian WYATT se distingue clairement, en ce qu'elle entend dépasser le sujet de l'interprétation évolutive pour étudier la linguistique intertemporelle (« *intertemporal linguistics* »). WYATT tente de montrer les raisons de la nécessité pour les juges internationaux de s'inspirer de la linguistique lorsqu'ils interprètent un traité dont les termes ont pu évoluer sémantiquement au fil du temps.

Dans un second temps, l'ouvrage propose de décloisonner l'étude pour montrer que l'interprétation évolutive peut avoir cours en dehors de l'interprétation d'un traité à l'occasion du règlement d'un différend devant une juridiction internationale. L'interprétation évolutive d'un traité peut en effet avoir cours devant les juridictions nationales. Kenneth KEITH s'intéresse ainsi à la fonction interprétative du juge national. Similairement, Luigi CREMA propose ensuite une étude de l'interprétation évolutive opérée par des organes conventionnels. Enfin, Paolo PALCHETTI décortique l'interprétation évolutive des actes unilatéraux des États et des organisations internationales. De fait, il ne s'agit plus *stricto sensu* d'interpréter un traité. Cette approche implique par conséquent un détachement de la Convention de Vienne et une réflexion plus large sur l'interprétation au sein du droit international général. Les dernières parties de l'ouvrage offrent une approche régime par régime de l'emploi de la règle d'interprétation. Elles sont composées d'études sectorielles portant sur le contentieux en matière de droits de l'homme, de droit de l'environnement, de droit de l'OMC, de droit des investissements et de droit de l'Union européenne. Ces différents exemples montrent à quel point le processus d'interprétation évolutive de la norme est malléable et s'adapte au contexte et au régime dans lequel il est mis en œuvre. La conclusion, confiée au juge KEITH, reprend d'ailleurs le trait d'esprit de Robert JENNINGS qui expliquait que l'interprétation était un art qui devait avoir l'apparence d'une science. Cet ouvrage apporte, à n'en pas douter, des éclairages quant au déroulement de

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

l'alchimie complexe que constitue l'acte de vouloir donner un sens à une norme. Surtout, il participe directement à une rationalisation indispensable à la promotion de la sécurité juridique et, partant, de l'état de droit au sein du système juridique international.

PIERRE DURAND

BURGORGUE-LARSEN (LAURENCE) ET CALVES (GWENAËLE) (DIR.). — *La diffamation saisie par les juges en Europe*, 1 vol. broché de 131 p., Paris (Pedone), ISBN : 978 2 23300936 4 3

Cet ouvrage est le fruit d'une journée d'études organisée par l'IREDIES en octobre 2018. Celui-ci opte pour une perspective comparée afin d'étudier la diffamation telle que saisie par les juges européens puis par les juges constitutionnels, étude particulièrement intéressante en raison de sa rareté, cette notion étant le plus souvent étudiée sous le prisme du droit civil ou pénal interne. L'étude du régime de la diffamation paraît particulièrement pertinente, en raison des liens évidents que celle-ci entretient avec la liberté d'expression, liberté étant « un des fondements essentiels d'une société démocratique, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun » selon la jurisprudence *Handyside* de la Cour européenne des droits de l'homme, justement relevée par le Professeur CALVES (pages 4 et 5). Avant de s'intéresser plus particulièrement à l'œuvre jurisprudentielle autour de la notion de diffamation, il convient de rappeler la définition de celle-ci. Le Professeur CALVES précise très opportunément que la « réputation » est ici centrale. Or, « la réputation se définit par référence à un regard porté par la société : elle est alors synonyme de 'considération' ou, en common law, de paisible jouissance de 'one's own good name' » (page 3). La journée d'étude donnant lieu au présent ouvrage vise ainsi à appréhender l'utilisation de la notion de diffamation par les cours européennes d'une part, et les cours constitutionnelles nationales d'autre part.

La première partie de l'ouvrage est consacrée à l'étude de la diffamation telle que saisie par les cours européennes. S'agissant tout d'abord de la Cour européenne des droits de l'homme, Monsieur MCGONAGLE rappelle avec pertinence que la Cour est confrontée à un dilemme : « the interplay between two rights - to freedom of expression and to private and family life » (page 16). Plus encore, la Cour de Strasbourg doit, à l'instar des autres juridictions, étudier l'impact des nouvelles technologies et des réseaux sociaux sur les contours de la liberté d'expression. S'agissant ensuite de la Cour de justice, le Professeur BERGE s'interroge sur la spécificité du droit de l'Union européenne. En effet, même en l'absence d'une réglementation matérielle, l'auteur note que « le droit européen porte un principe de libre circulation de l'information en général qui (…) englobe inévitablement les informations diffamatoires » (page 29). Cette première partie de recueil se clôt par l'étude de la politique jurisprudentielle de la Cour suprême des Etats-Unis en matière de diffamation. Si cette étude peut sembler étonnante dans le cadre d'une analyse des juridictions européennes, il n'en demeure pas moins que ce contrepoint est particulièrement intéressant au vu de la spécificité du régime outre-Atlantique. En effet, le Professeur CALVES expose que « le droit constitutionnel de la diffamation a ainsi dérivé très loin de son port d'attache, la lecture politique du 1er Amendement, qui commande de surprotéger les informations – mêmes fausses – nécessaires à l'exercice par le peuple de sa souveraineté » (page 47).

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

La seconde partie du recueil est dédiée à l'étude de la diffamation telle que saisie par les juges constitutionnels. La première contribution est consacrée au cas français et, plus précisément, à la jurisprudence de la Cour de cassation. En effet, si celle-ci n'est pas une cour constitutionnelle, le Professeur DREYER considère – à raison – que « la Cour de cassation connaît la diffamation. Elle en a façonné la notion avant d'en préciser le régime » (page 55). L'auteur note que « en conciliant d'emblée, liberté d'expression et droit à l'honneur, la Cour de cassation tient compte des exigences de la Convention Européenne des droits de l'homme sans donner le sentiment de s'abstraire d'un texte – la loi de 1881 – qu'elle est tenue d'appliquer » (page 61). La deuxième contribution s'intéresse à la situation outre-Rhin. Au fruit d'une étude particulièrement riche, Madame THEVENOT-WERNER considère que « dès lors que la protection contre la diffamation n'est pas un droit fondamental *expressis verbis* et en tant que tel, et dès lors que la Loi fondamentale ne protège qu'indirectement contre celle-ci, d'autres droits constitutionnels et notamment des droits et libertés constitutionnellement garantis qui sont fondamentaux pour une société démocratique priment sur elle » (page 91). La troisième étude, menée par le Professeur DICKSON, est consacrée à la situation outre-Manche. L'auteur interroge de manière particulièrement complète le régime – civil comme pénal – de protection contre la diffamation. En effet, « the law protects people and organisations against insults, affronts and aspersions through both the civil law and the criminal law » (page 95). Ces corpus sont complémentaires en ce que « the underlying purpose of the relevant civil law is to protect reputations, while the underlying purpose of the relevant criminal law is to keep people safe » (page 95). La quatrième étude de cette seconde partie concerne le cas hongrois. Le Professeur TOTH s'intéresse de manière très précise au régime pénal de la diffamation en droit hongrois, énumérant les chefs d'accusation possibles : « defamation », « slander », « desecration » mais aussi « crime of 'defamation of authorities or official persons', which was declared unconstitutional by the Constitutional Court in 1994 » (page 110), soulignant ainsi le rôle particulièrement prégnant du juge constitutionnel.

Ainsi, il ressort de cette étude particulièrement congrue que, malgré la diversité de la mise en œuvre de la protection contre la diffamation, tous les systèmes recherchent un équilibre entre liberté d'expression et protection de la vie privée. En effet, comme le note justement le Professeur BURGORGUE-LARSEN, « comme toujours, dès que les droits fondamentaux entrent en scène, il est question de juste mesure et d'équilibre à atteindre quand plusieurs droits – plusieurs 'intérêts juridiques protégés' – s'entrechoquent » (page 123). Plus encore, il paraît dans ce cadre particulièrement souhaitable de réaffirmer l'importance de ces valeurs et, il est possible de s'interroger, à l'instar du Professeur BURGORGUE-LARSEN : « n'est-il pas hautement souhaitable que dans la recherche du juste équilibre (…) la liberté d'expression soit *in fine* la grande gagnante ? » (page 130).

CLAIRE MÉRIC

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

DOCUMENTS

DÉCLARATION DU 18 NOVEMBRE 2019 DE M. POMPEO, SECRÉTAIRE D'ETAT AMÉRICAIN, SUR LES COLONIES ISRAÉLIENNES EN CISJORDANIE[1]

Source : *https://www.state.gov/secretary-michael-r-pompeo-remarks-to-the-press/*

La déclaration porte aussi sur l'Iran, l'Irak et Hong Kong. Seuls les passages relatifs à Israël sont reproduits et traduits ici. A ce sujet, les expressions « establishment of civilian settlements", "Israeli settlements », « settlements » peuvent être traduites par « activités de peuplement » ou autre formule contournée mais sont équivalentes à « colonies de peuplement » et « colonies » également employées dans la traduction qui suit le texte original. Les textes qui suivent sont des verbatim, ce qui explique en partie leur style.

1. Texte de la déclaration

[…] Turning now to Israel, the Trump administration is reversing the Obama administration's approach towards Israeli settlements.

U.S. public statements on settlement activities in the West Bank have been inconsistent over decades. In 1978, the Carter administration categorically concluded that Israel's establishment of civilian settlements was inconsistent with international law. However, in 1981, President Reagan disagreed with that conclusion and stated that he didn't believe that the settlements were inherently illegal.

Subsequent administrations recognized that unrestrained settlement activity could be an obstacle to peace, but they wisely and prudently recognized that dwelling on legal positions didn't advance peace. However, in December 2016, at the very end of the previous administration, Secretary Kerry changed decades of this careful, bipartisan approach by publicly reaffirming the supposed illegality of settlements.

After carefully studying all sides of the legal debate, this administration agrees with President Reagan. The establishment of Israeli civilian settlements in the West Bank is not per se inconsistent with international law.

I want to emphasize several important considerations.

First, look, we recognize that – as Israeli courts have – the legal conclusions relating to individual settlements must depend on an assessment of specific facts and circumstances on the ground. Therefore, the United States Government is expressing no view on the legal status of any individual settlement.

[1] V. *supra* n° 2020/1.5, p. 97.

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

The Israeli legal system affords an opportunity to challenge settlement activity and assess humanitarian considerations connected to it. Israeli courts have confirmed the legality of certain settlement activities and has concluded that others cannot be legally sustained.

Second, we are not addressing or prejudging the ultimate status of the West Bank. This is for the Israelis and the Palestinians to negotiate. International law does not compel a particular outcome, nor create any legal obstacle to a negotiated resolution.

Third, the conclusion that we will no longer recognize Israeli settlements as per se inconsistent with international law is based on the unique facts, history, and circumstances presented by the establishment of civilian settlements in the West Bank. Our decision today does not prejudice or decide legal conclusions regarding situations in any other parts of the world.

And finally – finally – calling the establishment of civilian settlements inconsistent with international law hasn't worked. It hasn't advanced the cause of peace.

The hard truth is there will never be a judicial resolution to the conflict, and arguments about who is right and wrong as a matter of international law will not bring peace. This is a complex political problem that can only be solved by negotiations between the Israelis and the Palestinians.

The United States remains deeply committed to helping facilitate peace, and I will do everything I can to help this cause. The United States encourages the Israelis and the Palestinians to resolve the status of Israeli settlements in the West Bank in any final status negotiations.

And further, we encourage both sides to find a solution that promotes, protects the security and welfare of Palestinians and Israelis alike.

2. Verbatim des questions posées au cours de la conférence de presse du 18 novembre 2019

[…] And on the Palestinian issue, sir, with your decision today about the settlement, in addition to declaring Jerusalem as the capital of Israel and the Golan Height under the Israeli control, do you believe that we're getting closer to a one-state solution as the two-state solution is no longer viable? And how do you bring the Palestinians to the negotiation table considering your decision today?

We've had a long time with the policy, the legal interpretation announced today being the other way and it didn't work. That – that's a fact in evidence. We believe that what we've done today is we have recognized the reality on the ground. We've now declared that settlements are not per se illegal under international law, and we have provided the very space that your question suggests, the very space for Israel and the Palestinians to come together to find a political solution to this very, very vexing problem […].

Just on the practical implications […] of the decision, does it – I understand that you're referring to the decision not to declare these settlements per se illegal. Does that also apply to East Jerusalem, or is that primarily just the West Bank?

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

It applies – we're making – as the President said when he made the decision about Jerusalem, the final status, those boundaries will be – will not be determined until the parties reach a resolution […].

[…] What is the message that you are sending to Israel? You say that, for example, the Reagan administration – Reagan had a particular view on that, but in terms of the – and is this effectively a green light? I mean, Reagan has also said they were an obstacle to peace. Is there – is this effectively a green light for Israel to build more settlements if they want? Will Israel still face criticism for – as an obstacle for peace if it builds settlements ? […]

Your first question about is this a green light. Back to first principles. What we did here was conduct a legal analysis. We took international law, we had our lawyers review it. So this was not meant to send a message in any – you're describing a message about should there be more settlements, should there be fewer settlements, how should Israeli – look at the courts. This wasn't intended that at all. This was intended to be a legal review. We do believe that the result of this legal review creates the political space for a more likely resolution of the situation there. We think ultimately this must be resolved politically, and we think taking away this impediment, this idea that somehow there was going to be a legal resolution to this, we think it's – we think it has failed, and so we do think we have gotten to a place which creates more likelihood.

RGDIP 2020 N°1
© Editions A. Pedone

Sommaire

In memoriam

Philippe BRETTON (1937-2020)
Par Jean-Pierre QUENEUDEC **5**

Articles

Pierre Michel EISEMANN - Professeur émérite de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
Ecole de droit de la Sorbonne
Qu'est-ce qu'un rocher au sens de la Convention de Montego Bay de 1982 ? Observations sur la sentence arbitrale du 12 juillet 2016 relative à la mer de Chine méridionale **7**

Olivier CORTEN, François DUBUISSON, Vaios KOUTROULIS et Anne LAGERWALL
Professeurs et Professeure à l'Université libre de Bruxelles, Centre de droit international ULB
L'execution de Quassem Soleimani et ses suites : aspects de *jus contra bellum* et de *jus in bello* **41**

Note

Denis ALLAND - Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2)
Un adieu au droit international public ? A propos d'une déclaration américaine relative aux colonies israéliennes en Cisjordanie et ses suites **75**

Chronique des faits internationaux **87**
Sous la direction de Denis ALLAND

Chronique de jurisprudence internationale **147**
Sous la direction de Niki ALOUPI et Pierre-François LAVAL

Chronique de Jurisprudence française en matière de droit international **193**
Sous la direction de Baptiste TRANCHANT

Bibliographie critique **213**
Sous la direction de Sébastien TOUZÉ

Documents **219**

Commission paritaire des publications 58627