

Tome 123
2019
N°4

RGDIP



Revue Générale

de Droit
International
Public

A. PEDONE - 13, RUE SOUFFLOT - 75005 PARIS

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 de l'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 SICAUT
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 CXXIII - 2019

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

Prix Abonnement 2019 - France	180 €
Europe	220 €
Etranger	265 €
Prix du numéro	44 €

LES NATIONS UNIES ET L'IDEE DE GOUVERNANCE*

Pierre-François LAVAL

Professeur de droit public à l'Université d'Orléans

La *gouvernance* compte parmi ces expressions tenaces qui séduisent politiques et communicants « avides de modernité »¹, et dont l'usage aura fini par s'imposer au juriste. Cette popularité n'est d'ailleurs pas sans entretenir une part de mystère puisqu'elle semblerait moins tenir à la rigueur ou à la nécessité même du concept ici en cause, qu'à l'effet d'une certaine mode, celle d'une « rhétorique qui aime à baptiser de formules apparemment novatrices des problématiques fort anciennes »². Pierre Bourdieu voyait ainsi dans la gouvernance l'« un de ces nombreux néologismes qui, produit par des *think tanks* et autres cercles technocratiques et véhiculés par les journalistes et les intellectuels 'branchés', contribuent à la 'mondialisation' du langage et des cerveaux »³. Plus prosaïquement, le terme *gouvernance* a pu être qualifié de « mot-valise », tant sont nombreuses les significations susceptibles de lui être attribuées. Certains regrettent ainsi son usage immodéré, qui tendrait à en faire une idée « polysémique, floue et donc pas toujours opérationnelle »⁴. Cette dernière impression se vérifie tout particulièrement en matière internationale⁵, le concept à l'étude étant intime à ceux de *globalisation* et *mondialisation*⁶. Le système des Nations unies au sein duquel ont été discutées l'idée et la nécessité d'une *gouvernance mondiale* ouvre, à ce propos, des pistes de

* Cette étude reprend les éléments d'une communication présentée à l'Université de Franche-Comté, à l'occasion du colloque sur « La gouvernance » organisé les 4 et 5 octobre 2018 par le Centre de recherche en gestion des organisations (CREGO, Université de Bourgogne), le Centre de recherches juridiques de l'Université de Franche-Comté (CRJFC, Université de Franche-Comté) et le Centre de recherche sur les stratégies économiques (CRESE, Université de Franche-Comté).

¹ S. SUR, « Gouvernance : le mot et la chose », in *Questions internationales*, mai-juin 2010, n° 43, pp. 4-8, spéc. p. 4.

² *Ibid.*

³ P. BOURDIEU, *Les structures sociales de l'économie*, Paris, Seuil/Liber, 2000, p. 22.

⁴ P. LAMY, Z. LAÏDI, « La gouvernance, ou comment donner sens à la globalisation », in P. JACQUET, J. PISANI-FERRY, L. TUBIANA *et al.*, *Gouvernance mondiale*, La Documentation française, Conseil d'analyse économique, Paris, Dalloz, 2002, p. 193-209, spéc. p. 199.

⁵ Voir notamment, à ce sujet, S. SUR, « Gouvernance : le mot et la chose », *op. cit.* ; R. KOLB, « L'idée de gouvernance et sa première incarnation : la Société des Nations », *ibid.*, pp. 10-21.

⁶ La gouvernance a pu ainsi être définie comme « l'aspiration des nations et des peuples à gérer et réguler ensemble, dans l'intérêt général, les problèmes issues de la mondialisation » : T. GASTAUT, P. RYFMAN, « A la recherche de la gouvernance », *Questions internationales*, mai-juin 2010, n° 43, pp. 61-66, spéc. p. 61.

réflexion fructueuses. C'est que l'Organisation mondiale est souvent présentée, avec les sociétés multinationales, comme l'un des principaux laboratoires de la gouvernance⁷. Il est d'ailleurs intéressant de relever que l'une des significations aujourd'hui données à l'expression, aussi bien dans la sphère interne qu'internationale, tient à l'idée d'emprise de la sphère économique sur le politique. N'ayant plus nécessairement l'autorité suffisante pour dégager et imposer des décisions heurtant la logique économique mondiale, l'Etat n'aurait d'autres choix que de cantonner ses fonctions et interventions à celles d'un simple gestionnaire⁸ ou, à tout le moins, de « négocier en permanence avec les divers intérêts sociaux »⁹. Ici réside du reste l'un des principaux enjeux ou problèmes de la gouvernance : celui de la « dissociation des intérêts de la société politique et de la société économique »¹⁰, qui obligerait la première à « contractualiser ses relations avec d'autres acteurs pour s'assurer de la légitimité et de l'effectivité des actes qu'[elle] pose »¹¹. Car, il ne faut effectivement pas s'y tromper, la notion de gouvernance participe le plus souvent d'un discours sur la réévaluation de la place de l'Etat, qui pose le diagnostic d'une « crise (...) des institutions et des valeurs de la modernité occidentale » et identifie le besoin d'équilibres nouveaux, le plus souvent ramassés derrière l'idée de « post-modernité » ou d'« Etat post-moderne »¹². Il est ainsi principalement question, au niveau interne, de l'obsolescence du modèle classique, de l'inflexion des modes d'action de l'Etat et de l'avènement de l'« Etat régulateur »¹³. Au plan international, ce discours se veut surtout la représentation d'une société internationale désormais éclatée, dont les Etats ne seraient plus les acteurs exclusifs, quoique toujours dominants¹⁴.

Comprenons toutefois que le terme gouvernance a des origines lointaines, qui précèdent clairement l'avènement du libéralisme économique. Français et britanniques s'en disputent d'ailleurs la paternité, le vocable étant semble-t-il déjà utilisé par les premiers au XII^{ème} siècle dans un sens technique, celui de la direction des bailliages¹⁵, avant de gagner un sens bien plus général au siècle suivant, étant alors entendu comme *l'action ou l'art de gouverner*¹⁶.

⁷ P. MOREAU DEFARGES, *La gouvernance*, Paris, PUF, 2015, coll. « Que sais-je », pp. 71 et ss.

⁸ P. LAMY, Z. LAÏDI, « La gouvernance, ou comment donner sens à la globalisation », *op. cit.*, p. 200.

⁹ J. CHEVALLIER, *L'Etat post-moderne*, coll. « Droit et société », n° 35, Paris, LGDJ, 2017, 4^{ème} éd., p. 301. Voir également, en ce sens, C. BARON, « La gouvernance : débats autour d'un concept polysémique », *Droit et société*, 2003, n° 54, pp. 329-349, spéc. p. 333.

¹⁰ J. CHEVALLIER, *L'Etat post-moderne*, *op. cit.*, p. 201.

¹¹ *Ibid.*, p. 202.

¹² *Ibid.*, pp. 13-20, 301 et ss.

¹³ *Ibid.*, pp. 305-307.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ P. MOREAU DEFARGES, *La gouvernance*, *op. cit.*, p. 3.

¹⁶ J.-C. GRAZ, *La gouvernance de la mondialisation*, Paris, La Découverte, 2013, p. 40 ; J. PITSEYS, « Le concept de gouvernance », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2010, pp. 207-228, spéc. p. 214. Voir également L. BELLI, *De la gouvernance à la régulation de l'internet*, Paris, Berger-Levrault, 2017, p. 21.

Quant aux britanniques, ils associeront la *governance* au mode d'organisation du pouvoir féodal. Ce n'est donc que bien plus tardivement, durant le dernier quart du XX^{ème} siècle, que l'expression va ressurgir et même s'imposer comme une notion clef de l'univers des entreprises (« *corporate governance* ») et des organisations internationales. L'expression figure alors dans la panoplie de celles autour desquelles s'organise le discours de l'immédiate après-guerre froide : « gouvernance », « régulation », « dérèglementation », autant de termes qui reflètent « le besoin de formuler l'inédit »¹⁷. Il pourra ainsi être dit de la gouvernance qu'elle est « le produit d'un monde convaincu d'être pacifié »¹⁸, marquant une filiation évidente avec la démocratie. Pour certains, la gouvernance devrait précisément s'envisager comme « un système démocratique de gestion »¹⁹. Selon David Held, la démocratie s'imposerait comme la bonne forme de gouvernance à l'échelle mondiale²⁰. Pour d'autres, elle ne serait toutefois qu'un marqueur de l'« idéologie de la mondialisation (...) élevée au cours de la décennie 90 à la hauteur d'une 'pensée unique' »²¹.

Au-delà des conditions historiques d'apparition du terme, et de l'évolution de son usage, doit être posée la question de son caractère opératoire, c'est-à-dire de son utilité pour le droit international. Rappelons ici, en empruntant les mots de Robert Kolb, qu'« un concept n'a, pour le juriste d'utilité constructive que s'il remplit une fonction nécessaire à l'application ou à l'explication du droit *et* que cette fonction ne peut pas être remplie également ou mieux par un autre concept déjà existant ou à former ». A défaut, le concept devrait être « éliminé ou corrigé parce qu'il est superflu ou mal défini »²². Mesurer l'utilité du concept de gouvernance suppose, en d'autres termes, d'en recenser les différentes occurrences, en limitant notre enquête aux institutions internationales et, même encore, au seul système onusien. Car même réduit à ce seul contexte, l'observateur sera d'emblée frappé par son haut degré d'indétermination. Le Comité d'experts de l'administration publique constitué au sein du Conseil économique et social des Nations unies, et qui avait été mandaté pour travailler sur ces questions sémantiques, a relevé que la signification attribuée à la « gouvernance » pouvait varier suivant le contexte de son usage, et même

¹⁷ P. MOREAU DEFARGES, *La gouvernance*, op. cit., p. 3.

¹⁸ *Ibid.*, p. 49.

¹⁹ *Ibid.*, p. 17.

²⁰ D. HELD, « Democracy: From City-states to a Cosmopolitan Order? », *Political Studies*, 1992, *Special issue*, pp. 10-39. Voir également à ce sujet, M.-C. RUNAVOT, « Rapport introductif », in M.-C. RUNAVOT (dir.), *La démocratie appliquée au droit international : de quoi parle-t-on ?*, Paris, Pedone, 2018, pp. 7-42 ; P. LAMY, *La démocratie-monde. Pour une autre gouvernance globale*, Paris, Seuil, 2004.

²¹ J. CHEVALLIER, *L'Etat post-moderne*, op. cit., p. 41.

²² R. KOLB, « Observation sur l'évolution du concept de *jus cogens* », *R.G.D.I.P.*, 2009, pp. 837-850, spéc. pp. 839-840.

suivant l'institution onusienne concernée²³. Ces mêmes experts n'auront toutefois, pourra-t-on regretter, pas pris le soin d'identifier ses différentes acceptions. A l'analyse, l'expression « gouvernance » semble revêtir une double signification ou renvoyer, tout du moins, à deux niveaux différents d'analyse. Elle dispose d'abord d'une résonance organique et d'une fonction purement descriptive, étant associée aux organes et procédures d'adoption des règles et décisions internationales. Ici, la notion est révélatrice de la dispersion du pouvoir initialement détenu par les seuls Etats, et dont bénéficient aujourd'hui de multiples entités ou institutions évoluant dans la sphère internationale (I). La gouvernance revêt également une dimension prescriptive, cette fois-ci centrée sur la façon dont il conviendrait d'exercer le pouvoir de décision. En son nom seront imposées ou recommandées, le plus souvent à destination des Etats, des bonnes pratiques ou normes garantant d'une « bonne gouvernance » (II).

I. LA GOUVERNANCE DANS SA DIMENSION ORGANIQUE : LE DÉPASSEMENT DE L'ÉTAT COMME CADRE D'EXERCICE DU POUVOIR

Dans la réflexion internationaliste, la gouvernance se présente d'abord comme une expression synonyme d'institution ou d'acteur légalement investi d'une compétence pour exercer un pouvoir²⁴. A l'occasion de l'ouvrage qu'il lui a consacré, Maurice Kamto a ainsi défini la gouvernance mondiale comme « l'ensemble des règles d'allocation du pouvoir et l'ensemble des décisions résultant de son exercice au sein des institutions internationales ou par des acteurs transnationaux »²⁵. Une lecture attentive de l'ensemble des travaux consacrés à la notion permet toutefois d'affiner ce premier constat, l'institution ou l'acteur concerné étant le plus souvent sous-entendu ou associé aux différents *processus* par lesquels s'élaborent, se décident et s'imposent les règles internationales²⁶. Le propre de la gouvernance tiendrait, en ce sens, à sa vocation à reposer « aussi bien sur des institutions établies, des régimes juridiquement contraignants que sur des arrangements informels »²⁷. Et pour cause, elle représenterait « davantage une manière de penser l'action publique qu'un

²³ Conseil économique et social, Comité d'experts de l'administration publique, « Définition des concepts et terminologies de base de la gouvernance et de l'administration publique », New-York, 27-31 mars 2006, E/C.16/2006/4, §§ 3 et ss.

²⁴ Voir à titre d'illustration, au sujet de la gouvernance du FMI, J. TIROLE, « La gouvernance des institutions internationales », in P. JACQUET, J. PISANI-FERRY, L. TUBIANA *et al.*, *Gouvernance mondiale*, La Documentation française, Conseil d'analyse économique, Paris, Dalloz, 2002, pp. 291-299, spéc. p. 294.

²⁵ M. KAMTO, *Gouvernance mondiale et droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 10.

²⁶ P. LAMY, Z. LAÏDI, « La gouvernance, ou comment donner sens à la globalisation », in P. JACQUET, J. PISANI-FERRY, L. TUBIANA *et al.*, *Gouvernance mondiale*, *op. cit.*, p. 193-209, spéc. p. 200 ; M.-C. SMOUTS, « La coopération internationale : de la coexistence à la gouvernance mondiale », in M.-C. SMOUTS (dir.), *Les nouvelles relations internationales*, Paris, Presses de Sciences Po, 1998, pp. 135-160, spéc. p. 150.

²⁷ P. MOREAU DEFARGES, *La gouvernance*, *op. cit.*, p. 43.

dispositif précis »²⁸. Qu'elle soit ou non incarnée, la gouvernance renvoie donc au processus décisionnel et à ses différents rouages. Ce sens est également repris par la doctrine internationaliste, par exemple lorsqu'elle déplore l'absence d'une gouvernance internationale en matière nucléaire, entendue au sens d'un système conventionnel multilatéral qui investirait un ou plusieurs organes d'une compétence générale et exclusive dans le domaine concerné²⁹. Dans le même ordre d'idées, et de façon plus générale, Serge Sur relève que « la gouvernance, même envisagée de façon positive, désigne, en creux, des manques : la question de la gouvernance ne se pose qu'en l'absence d'un gouvernement, au minimum d'un bon gouvernement. Or il est clair qu'il n'existe pas de gouvernement de la société internationale »³⁰. La gouvernance serait ainsi « une tentative de répondre à ces absences, qu'elle désigne tout autant » ; « le nom d'un manque, et celui du désir d'y remédier »³¹. Et, dans cette perspective, l'on serait alors tenté de lui trouver une parenté certaine avec le discours sur la *constitutionnalisation du droit international* ayant accompagné l'avènement de la Société des Nations, qui aura tout autant cherché à reconstruire les pouvoirs, et à repenser leur organisation, au sein du système international³².

La dimension organique de l'expression « gouvernance » est, au reste, tout aussi prégnante dans la vie diplomatique internationale. Le discours du président américain en exercice, prononcé devant l'Assemblée générale des Nations unies lors de l'ouverture de sa 73^{ème} session en septembre 2018, avait pu ainsi mettre en exergue la volonté des Etats-Unis de privilégier « l'indépendance et la coopération » aux dépens de la « *gouvernance globale*, du contrôle et de la domination »³³. Si le choix de tels éléments de langage pouvait sans doute surprendre, la gouvernance n'en était pas moins clairement associée au *multilatéralisme*, puisque employée, avec une subtilité toute relative, pour désigner l'institution universelle devant laquelle s'exprimait le chef d'Etat. Le reste du discours faisait les louanges de l'unilatéralisme ou, pour en reprendre

²⁸ J. PITSEYS, « Le concept de gouvernance », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2010, pp. 207-228, spéc. p. 208.

²⁹ Nombreux sont, au reste, les domaines aujourd'hui associés à la gouvernance, l'économie et la finance étant les plus fréquemment cités, mais également l'environnement et les changements climatiques, la santé, l'alimentation et l'aide humanitaire, la lutte anti-corruption ou encore la régulation de l'internet.

³⁰ S. SUR, « Gouvernance : le mot et la chose », *op. cit.*, p. 4-5.

³¹ *Ibid.*, p. 5.

³² Voir à ce sujet, R. KOLB, « Mondialisation et droit international », *Relations internationales*, 2005, pp. 69-86, spéc. pp. 73 et ss. Voir également nos observations in P.-F. LAVAL, R. PROUVÈZE (dir.), *Constitutions et droit international. L'ONU, entre internationalisation et constitutionnalisation*, Pedone, 2015, pp. 3-7.

³³ La version écrite du discours peut être consultée sur le site de la Maison blanche : <https://www.whitehouse.gov/briefings-statements/remarks-president-trump-73rd-session-united-nations-general-assembly-new-york-ny/> : « *That is why America will always choose independence and cooperation over global governance, control, and domination. I honor the right of every nation in this room to pursue its own customs, beliefs, and traditions. The United States will not tell you how to live or work or worship. We only ask that you honor our sovereignty in return* » (nous soulignons).

les termes exacts, du nécessaire respect dû aux « coutumes, croyances et traditions nationales », et donc aux droits souverains des Etats. D'un point de vue purement linguistique, cependant, la rhétorique américaine apparaissait en parfait accord à celle mobilisée par les institutions onusiennes, qui ont toujours abordé la gouvernance mondiale en considération de la nécessité d'un « système multilatéral ouvert, transparent et efficace pour mieux affronter les problèmes mondiaux urgents »³⁴.

On l'aura donc compris, la notion à l'étude renvoie au titulaire du pouvoir, et plus précisément à l'échelon décisionnel – dans notre exemple, l'Etat ou bien l'organisation internationale – mobilisé pour *gouverner*. Se trouve du même coup posée la question de l'utilité de l'expression, qui semblerait faire doublon avec celle d'*organe*, d'*institution*, ou même encore de *gouvernement*. Les analyses doctrinales menées au sujet de la *gouvernance mondiale* lui associent cependant une autre explication, le terme « gouvernement » étant lui-même indissociable de l'Etat et donc, selon certains de ces auteurs, d'un modèle dépassé d'exercice du pouvoir³⁵. Dans l'un des ouvrages qui a le plus contribué à la consécration de la notion de gouvernance, James N. Rosenau éclaircit ainsi l'expression éponyme « *Governance without government* » en relevant que « *governance is not synonymous with government. Both refer to purposive behavior, to goal-oriented activities, to systems of rule; but government suggests activities that are backed by formal authority, by police powers to insure implementation of duly constituted policies, whereas governance refers to activities backed by shared goals that may or may not derive from legal and formally prescribed responsibilities and that do not necessarily rely on police powers to overcome defiance and attain compliance* »³⁶. La substitution terminologique ici recommandée ne ferait, en d'autres termes, que rendre compte des différentes transformations, le plus souvent amalgamées à la « mondialisation », ayant érodé le pouvoir des Etats sur la scène internationale. La mondialisation doit, il faut le rappeler, d'abord être associée à l'idée de perte de pouvoir des Etats face à la toute-puissance des marchés³⁷. Dans ce contexte, la gouvernance a pu être qualifiée de « néologisme utile », parce que permettant

³⁴ Assemblée générale des Nations unies, « Les Nations unies et la gouvernance mondiale », résolution du 8 décembre 2010, 65/94 ; « Les Nations unies dans la gouvernance mondiale », résolution du 16 mars 2012, 66/256. Voir également « Les Nations unies dans la gouvernance économique mondiale », résolution du 9 juillet 2013, 67/289, et le rapport du Secrétaire général du 14 septembre 2016 (71/378), au sein duquel l'expression « gouvernance économique mondiale » a été définie comme le « rôle des institutions et processus multilatéraux dans la formulation des politiques, règles et réglementations économiques mondiales ».

³⁵ Sur la transition du « gouvernement à la gouvernance », voir A. Supiot, *La gouvernance par les nombres. Cours au collège de France (2012-2014)*, Paris, Fayard, 2015.

³⁶ J. N. ROSENAU, « Governance, Order, and Change in World Politics », in J. N. ROSENAU, E.-O. CZEMPIEL, *Governance without Government: Order and Change in World Politics* », pp. 1-29, spéc. p. 4.

³⁷ J.-C. GRAZ, *La gouvernance de la mondialisation*, p. 3.

une réflexion sur la façon dont l'économie mondiale est gouvernée³⁸. Elle devrait ainsi être préférée à la notion de « gouvernement » qui « porte une connotation de centralisation susceptible d'en affecter la compréhension »³⁹. Cette dernière notion éluderait par ailleurs la véritable question : celle de savoir « comment gouverner sans gouvernement »⁴⁰.

Telle qu'elle doit ainsi être pensée, la gouvernance mondiale permet de désigner « l'ensemble des *transactions* par lesquelles des règles collectives sont élaborées, décidées, légitimées, mises en œuvre et contrôlées »⁴¹. Au plan normatif, la mondialisation a effectivement trouvé sa principale traduction dans la dispersion du pouvoir initialement confié à l'Etat, phénomène qui a bénéficié à d'autres entités venues capter une partie de ce pouvoir. Les Nations unies, et plus généralement les organisations internationales, en sont naturellement la meilleure illustration, exerçant de façon quotidienne un pouvoir de régulation, non seulement vis-à-vis des Etats qui l'ont accepté, mais aussi vis-à-vis des individus. La délivrance du statut de réfugié par le Haut-Commissariat aux réfugiés, ou encore les sanctions ciblées imposées par le Conseil de sécurité dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, suffisent à en témoigner⁴². Il faut également penser à d'autres acteurs sans doute moins exposés, notamment aux entreprises multinationales qui se trouvent désormais en capacité de s'autoréguler⁴³, ou encore à des entités privées le plus souvent qualifiées d'hybrides parce que contrôlées ou composées de personnes publiques, et dont les décisions ont également pour objet d'encadrer l'activité des particuliers. L'un des exemples les plus fréquemment cités à ce propos est celui de l'ICANN, société de droit californien à but non lucratif qui était jusqu'à récemment placée sous l'autorité du gouvernement américain⁴⁴, et qui se trouve chargée d'attribuer les noms de domaine sur l'internet. Ces différents cas de figure ont nécessairement conduit à repenser les processus de création normative, certains parlant, pour les désigner, de « sources de tiers ordre » qui ne se rattacheraient ni

³⁸ P. JACQUET, J. PISANI-FERRY, L. TUBIANA, « Rapport de synthèse. Les institutions économiques de la mondialisation », in P. JACQUET, J. PISANI-FERRY, L. TUBIANA *et al.*, *Gouvernance mondiale*, La Documentation française, Conseil d'analyse économique, Paris, Dalloz, 2002, pp. 9-107, spéc. p. 12.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ P. LAMY, Z. LAÏDI, « La gouvernance, ou comment donner sens à la globalisation », *op. cit.*, p. 200 (nous soulignons).

⁴² Voir plus généralement, à ce sujet, nos observations, « Les activités opérationnelles, du conseil à l'administration internationale du territoire », in E. LAGRANGE, J.-M. SOREL (dir.), *Droit des organisations internationales*, Paris, L.G.D.J., 2013, pp. 766-795.

⁴³ Voir à ce sujet, L. DUBIN, « L'entreprise multinationale, de la fragmentation à la reconstruction par le droit international », « Rapport introductif », in S.F.D.I., *Colloque de Saint-Denis, L'entreprise multinationale et le droit international*, Paris, Pedone, 2017, pp. 13-51.

⁴⁴ Voir notamment, à ce sujet, E. TAYLOR, « ICANN: Bridging the Trust Gap », *Global Commission on Internet Governance Paper Series*, n° 9, Mars 2015, <https://www.cigionline.org/publications/icann-bridging-trust-gap>.

aux systèmes juridiques nationaux, ni à l'ordre international⁴⁵. Mais ces illustrations recèlent surtout de l'intérêt en ce qu'elles permettent de caractériser la coïncidence temporelle entre, d'une part, l'usage de notre concept et le déclin de la souveraineté, du moins dans sa version la plus classique, et, d'autre part, l'émergence de ces nouvelles formes d'exercice du pouvoir. Cherchant à décrire ces phénomènes, la « gouvernance » aurait ainsi un champ d'application plus vaste que celui de gouvernement puisque incluant aussi bien administration publique que pouvoirs privés. Elle serait l'un des principaux instruments d'analyse de l'émergence et du déploiement de ces nouveaux acteurs issus de la « société civile »⁴⁶. Telles qu'on les retrouve engagées dans le cadre onusien, les réflexions sur la gouvernance mondiale font état de ces mutations. La consécration notionnelle et même institutionnelle de la gouvernance apparaît au début de la décennie 90. Il faut naturellement évoquer, à ce propos, la *Commission sur la gouvernance globale* mise en place en 1995 à l'initiative de l'ancien chancelier Willy Brandt, afin de penser le nouvel ordre mondial. L'une des principales questions qui y sera discutée tiendra à la nécessaire articulation à réaliser entre l'ensemble des acteurs internationaux, notamment non-étatiques, ainsi qu'à la façon dont ces derniers seront conduits à coopérer. Dans le cadre de ces travaux, la gouvernance sera par ailleurs définie comme « la somme des différentes façons dont les individus et institutions, publics et privés, gèrent leurs affaires communes », c'est-à-dire « un processus continu de coopération et d'accommodement entre des intérêts divers et conflictuels » et susceptible d'intégrer « les ONG, les mouvements de citoyens, les entreprises multinationales et le marché mondial des capitaux »⁴⁷.

Si les modalités concrètes d'exercice d'un pouvoir désormais partagé sont encore questionnées, l'objet des futures coopérations à établir se trouve lui-même déjà clairement identifié : pour reprendre l'esprit du discours qui domine alors à cette époque, et qui n'a guère varié depuis, l'établissement d'une gouvernance mondiale ferait figure de nécessité dans un contexte où les Etats ne sont plus en guère permanente les uns avec les autres, et où il s'agit de gérer les

⁴⁵ Voir C. KESSEDJIAN, « Mondialisation, gouvernance, régulation. Doit-on penser le droit international économique différemment au XXI^{ème} siècle », in J.-M. SOREL (dir.), *Le droit international économique à l'aube du XXI^{ème} siècle : en hommage aux Professeurs D. Carreau et P. Juillard*, Paris, Pedone, 2009, pp. 264-268, spéc. p. 264, au sujet des « nouveaux » acteurs du droit international économique, telles qu'appréhendés et systématisés par D. CARREAU et P. JUILLARD dans leur ouvrage *Droit international économique*, Paris, Dalloz, 2007, 3^{ème} éd., p. 9. Voir également, à ce même sujet, D. CARREAU, « La régulation de la globalisation par les acteurs privés », texte en accès libre à l'adresse <https://forcesdudroit.wordpress.com/2011/01/31/la-regulation-de-la-globalisation-par-les-acteurs-privés/>

⁴⁶ Voir notamment en ce sens, J. PITSEYS, « Le concept de gouvernance », *op. cit.*, pp. 222-224. Pour une analyse de la question, voir également J. A. SCHOLTE, « Société civile et gouvernance mondiale » in P. JACQUET, J. PISANI-FERRY, L. TUBIANA *et al.*, *Gouvernance mondiale*, *op. cit.*, pp. 211-232.

⁴⁷ *Commission on Global Governance*, « *Our Global Neighborhood* », 1995, Chapitre premier, pp. 2-3. Voir également P. JACQUET, J. PISANI-FERRY, L. TUBIANA, « Rapport de synthèse. Les institutions économiques de la mondialisation », *op. cit.*, p. 13 ; J.-C. GRAZ, *La gouvernance de la mondialisation*, pp. 40-41.

intérêts communs des Etats et des peuples⁴⁸. Le propre de ces intérêts, aussi appelés *biens publics mondiaux*, est de dépasser le ressort d'un seul Etat, se devant d'être gérés de façon collective : gestion maîtrisée de l'environnement et des changements climatiques, maintien de la paix, protection des droits humains, etc...⁴⁹. Toutes ces questions figurent en bonne place dans la Déclaration du Millénaire de l'an 2000 de Koffi Annan⁵⁰. L'ancien Secrétaire général estime alors les Nations unies idéalement positionnées dans cette nouvelle architecture à bâtir, nécessité leur étant par ailleurs faite d'identifier les nouveaux besoins de gouvernance et de fédérer les différents acteurs. Tel était, du moins, l'objectif fixé : la gouvernance onusienne se devait de veiller à ce que la globalisation produise des bénéfices pour tous les Etats, ainsi que pour l'ensemble des individus. Quant à la centralité des fonctions dévolues aux institutions du système des Nations unies, elle sera réaffirmée au moment de l'institutionnalisation du G20. Certains des Etats écartés de cette instance de concertation, et réunis au sein du « Groupe non officiel pour la gouvernance mondiale », identifieront le besoin de coordination des politiques économiques et le rôle devant ici revenir à l'Organisation mondiale, « seul organe mondial [jouissant] d'une participation universelle et d'une légitimité incontestable »⁵¹. L'Assemblée générale se réappropriera d'ailleurs ce discours, quelques temps plus tard, plaçant les travaux de sa soixante-cinquième session sous le thème « réaffirmer le rôle central des Nations unies dans la gouvernance mondiale »⁵². Il serait toutefois illusoire de considérer que ces perspectives, avancées il y a déjà près de vingt années, se sont pleinement concrétisées et que ce que l'on présentait alors comme les nouveaux défis de la nouvelle gouvernance mondiale ont été brillamment relevés. Ainsi, à supposer que l'on prenne l'Organisation en *modèle* de gouvernance, on pourrait lui opposer le fait de ne s'être guère réinventée depuis sa création, du moins pour ce qui concerne le mode de fonctionnement de ses principaux organes. La question du déficit de représentativité du Conseil de sécurité – dont la composition demeure encore aujourd'hui fondée sur les équilibres politiques et démographiques de 1945 – et de sa nécessaire réforme font figure d'arlésienne. On doit encore et surtout relever, au sujet des initiatives prises et des politiques menées par les Nations

⁴⁸ P. MOREAU DEFARGES, *La gouvernance*, op. cit., p. 43.

⁴⁹ *Ibid.* Sur la notion de *global public goods*, voir Committee for Development Policy, *Global Governance and Global Rules for Development in the Post-2015 Era*, United Nations publications, Juin 2014.

⁵⁰ Assemblée générale des Nations unies, « Déclaration du Millénaire », résolution du 8 septembre 2000, 55/2.

⁵¹ Groupe non officiel pour la gouvernance mondiale, annexe à la lettre datée du 11 mars 2010 adressée au Secrétaire général par le Représentant permanent de Singapour auprès de l'Organisation des Nations unies, *Renforcer les interactions entre les membres et les non-membres du G-20*, A/64/706, 11 mars 2010, § 2.

⁵² Assemblée générale des Nations unies, « Les Nations unies et la gouvernance mondiale », 8 décembre 2010, 65/94.

unies depuis ces vingt dernières années, qu'elles n'auront finalement jamais abouti à hiérarchiser les relations nouvellement instituées entre acteurs publics et privés. Telle est d'ailleurs l'idée force que l'on serait tenté d'amalgamer à la gouvernance globale, laquelle repose sur *une régulation exercée en l'absence d'autorités hiérarchisées*. Elle renouvelle du même coup l'idée d'une *gouvernance internationale* qui l'a précédée, et qui se fondait plutôt sur un réseau organisé d'institutions principalement contrôlées par les États⁵³. De ce point de vue, d'ailleurs, le G20 que l'on trouve le plus fréquemment associé aux nouvelles formes de gouvernance mondiale⁵⁴ relèverait plutôt de l'ancienne formule, celle de « la recherche du consensus entre grandes puissances », parce qu'il rétablirait « la primauté de la hiérarchie dans la société interétatique »⁵⁵. L'action onusienne d'aujourd'hui réside, elle, davantage dans le fait de créer des *forums* ou « cadres permanents » au sein desquels les différents acteurs peuvent entrer en relation. En constitue un exemple topique le Partenariat global (« *Global Compact* ») lancé en 1999 par le Secrétaire général lors de la réunion annuelle du forum économique mondial de Davos. L'objectif a été de faire adhérer toutes les plus grandes entreprises de la planète à un cadre commun imposant le respect des droits de l'homme, des normes de travail, de l'environnement⁵⁶. L'Organisation mondiale n'a toutefois jamais elle-même prétendu régler sur le fond le problème de la responsabilité sociale des entreprises⁵⁷.

Pour en revenir au concept de gouvernance, et à son utilité, il se présente en définitive comme un concept descriptif visant à rendre compte d'une réalité qui s'accomplit sous nos yeux : celle de la transformation des structures traditionnelles de pouvoir. Sa première signification est celle d'un mode de gestion fondé sur la participation d'une pluralité de parties intéressées⁵⁸, et plus

⁵³ Au sujet de cette distinction, voir T. BRÜHL, V. RITTBERGER, « From International to Global Governance: Actors, collective decision-making, and the United Nations in the world of the twenty-first century », in V. RITTBERGER (ed.), *Global Governance and the United Nations System*, United Nations University Press, Tokyo/New-York/Paris, 2001, pp. 1-47, spéc. pp. 2 et ss.

⁵⁴ Voir notamment L. DELABIE, « Gouvernance mondiale : G8 et G20 comme modes de coopération interétatique informels », *AFDI*, 2009, pp. 629-663 ; P. MOREAU DEFARGES, « Du G7 au G20 : vers une multipolarité élargie », *Questions internationales*, mai-juin 2010, n° 43, pp. 33-40.

⁵⁵ S. SUR, « Gouvernance : le mot et la chose », *op. cit.*, p. 8. Voir également, au sujet des tiraillements entre unilatéralisme et globalisation, R. KOLB, « Mondialisation et droit international », *op. cit.*, pp. 81 et ss.

⁵⁶ A ce sujet, P. MOREAU DEFARGES, *La gouvernance*, *op. cit.*, pp. 45-46 ; L. DUBIN, « L'entreprise multinationale, de la fragmentation à la reconstruction par le droit international », *op. cit.*

⁵⁷ Voir en ce sens, P. LAMY, Z. LAÏDI, « La gouvernance, ou comment donner sens à la globalisation », *op. cit.*,

⁵⁸ La même approche est, du reste, retenue dans la sphère interne, la notion de gouvernance ou de « bonne gouvernance » étant le plus souvent associée à « l'inclusion du plus grand nombre de parties intéressées dans l'élaboration de politiques publiques négociées » : voir en ce sens, J. CHEVALLIER, *L'Etat post-moderne*, LGDJ, coll. « Droit et société », n° 35, Paris, 2003 ; J. CAILLOSSE, « Questions sur l'identité juridique de la gouvernance », in R. PASQUIER, V. SIMOULIN, J. WEISBEIN, *La gouvernance territoriale. Pratiques, discours et théories*, LGDJ, coll. « Droit et société », Paris, 2007 ; L. BELLÌ, *De la gouvernance à la régulation de l'internet*, *op. cit.*, p. 17.

précisément d'un effort collectif visant à résoudre des problèmes d'envergure qui dépassent les capacités individuelles de chaque Etat. Cette utilisation du concept aura d'ailleurs suscité quelques réserves, ayant pour conséquence de mêler dans un grand ensemble indéterminé tous les acteurs de la scène internationale sans hiérarchiser leur rôle et leur influence. En découlerait, selon certains, « une valorisation naïve des acteurs non-étatiques, en particulier des organisations intergouvernementales et non-gouvernementales »⁵⁹. Surtout, comme évoqué précédemment, la gouvernance mondiale n'est toujours pas véritablement incarnée par les Nations unies. Le concept aurait ainsi un effet de distorsion vis-à-vis de la réalité qu'il tend à décrire. Ce constat invite à rechercher d'autres possibles emplois de l'idée de gouvernance, et plus particulièrement un usage que l'on pourrait qualifier de *militant*, qui consisterait non plus nécessairement à décrire la réalité telle qu'elle apparaît, mais plutôt à faire état d'un manque d'autorité, de cohésion ou encore de centralité qui perturbe, sinon neutralise, l'établissement d'une gouvernance effective permettant la formulation et l'imposition des choix politiques au plan global. Replacée dans ce contexte, l'idée d'une *gouvernance mondiale* apparaît comme une façon de donner sens au phénomène de mondialisation⁶⁰. Elle serait, ainsi que le rappelaient Zaïki Laïdi et Pascal Lamy, cette « nouvelle grammaire politique » dont le système mondial a besoin⁶¹.

II. LA DIMENSION PRESCRIPTIVE DU CONCEPT : LA « BONNE GOUVERNANCE »

Indépendamment ou non de sa première résonance, le terme de gouvernance est, depuis une trentaine d'années, également employé par les institutions onusiennes pour désigner *une certaine façon d'exercer le pouvoir* ou de piloter une organisation sociale. Le terme apparaît ici moins descriptif que prescripteur. On l'associe à l'économie du développement⁶², et plus précisément à la nécessité d'une « bonne gouvernance » promue notamment par la Banque mondiale et l'OCDE. Si cette dernière expression connaît quelques variantes, le PNUD préférant parler de « saine gouvernance », l'UNESCO de « gouvernance démocratique », elle s'inscrit toujours dans un discours principalement à destination des Etats. Elle avait, il faut le rappeler, affleuré à la fin de la guerre froide, les organismes donateurs, Banque mondiale et FMI, ainsi que les pays occidentaux s'étant mis à exhorter les pays de l'ex-Union des Républiques

⁵⁹ P. DE SENARCLENS, *La mondialisation : théories, enjeux et débats*, Paris, Armand Colin, 2005, 4^{ème} éd., pp. 246-247.

⁶⁰ P. LAMY, Z. LAÏDI, « La gouvernance, ou comment donner sens à la globalisation », *op. cit.*

⁶¹ *Ibid.*, p. 193 ; Z. LAÏDI, « Les enjeux de la gouvernance mondiale », *AFRI*, 2002, pp. 262-278, spéc. p. 262.

⁶² J.-C. GRAZ, *La gouvernance de la mondialisation*, *op. cit.*, p. 40.

socialistes soviétiques et les pays du monde en développement à entreprendre les nécessaires réformes politiques, économiques et administratives⁶³. Un rapport publié par la Banque Mondiale au début des années 1980, à la suite du rapport Berg, évoquait déjà une « crise de la gouvernance » des sociétés subsahariennes⁶⁴. Ce n'est toutefois que durant la décennie 90 qu'en sera proposée une définition, le PNUD voyant en la gouvernance un mode d'exercice du pouvoir pour gérer les ressources politiques, économiques et sociales d'un pays dans une perspective de développement⁶⁵.

Ce qui frappera ici l'internationaliste tient à l'apparente contradiction que la notion entretient avec le principe de non-ingérence. Pour certains observateurs, la gouvernance a servi à calfeutrer, en vue de les faire plus facilement accepter, des injonctions pouvant heurter la liberté de principe des Etats dans la gestion de leurs affaires intérieures. Suivant une logique bien connue, qui ressortit au registre de la conditionnalité, l'échelon international aiderait financièrement les Etats en développement à la condition qu'ils acceptent de se réformer et de progresser en termes de gouvernance. Le constat dressé du début de la décennie 1990 avait, en effet, montré que la majorité des crises survenant dans les pays en développement demeuraient liées à des problèmes de cette nature. Que prescrivait alors l'antienne de la « bonne » ou « saine gouvernance » ? Principalement la nécessité de conjurer l'incertitude des investisseurs en encourageant la lutte contre la corruption, en assurant la prévisibilité du cadre juridique national, ou encore en clarifiant la distribution des responsabilités au sein de l'appareil d'Etat. A un plan plus général, la bonne gouvernance se caractérise aujourd'hui par la bonne gestion du secteur public (efficacité, efficience et économie), la responsabilité des décideurs (*accountability*), l'échange et la libre circulation de l'information (principe de transparence), un cadre juridique stable et favorable au développement incluant une justice indépendante et le nécessaire respect des droits de l'homme et des libertés, ainsi également qu'une plus large participation de la société civile à la prise de décision publique⁶⁶. Se diffuse, en d'autres termes, l'idée que l'action étatique doit se réformer sur la base d'un cahier des « bonnes » ou « meilleures pratiques », lesquelles permettraient d'éviter que les aides ne soient détournées à *des fins*

⁶³ Conseil économique et social, « Définition des concepts et terminologies de base de la gouvernance et de l'administration publique », *op. cit.*, § 4. Voir également, J. CHEVALLIER, « L'Etat post-moderne », *op. cit.*, p. 45.

⁶⁴ Conseil économique et social, « Définition des concepts et terminologies de base de la gouvernance et de l'administration publique », *op. cit.*, § 6. Voir également à ce sujet J.-C. GRAZ, *La gouvernance de la mondialisation*, p. 40 ; J. ZADI, *La question de la bonne gouvernance et des réalités sociopolitiques en Afrique. Le cas de la Côte d'Ivoire*, thèse Université Paris-Est, [s.l.], [s.n.], 2013.

⁶⁵ Banque mondiale, *La gouvernance*, Washington, 1993.

⁶⁶ Conseil économique et social, « Définition des concepts et terminologies de base de la gouvernance et de l'administration publique », *op. cit.*, §§ 11-14 ; L. BELLI, *De la gouvernance à la régulation de l'internet*, *op. cit.*, p. 19. Voir également M. KAMTO, *Gouvernance mondiale et droit international*, *op. cit.*, p. 11.

politiques – entendre, ici, les choix souverains des gouvernements élus – et que leurs bénéficiaires s'en tiennent scrupuleusement aux préconisations des *experts*⁶⁷. Et tout laisserait ainsi accroire que la gouvernance conduit *nécessairement* à une dépolitisation des acteurs et procédures, qui serait voulue, ou plutôt imposée, par des impératifs d'ordre économique et financier. Le terme de gouvernance n'a toutefois rien de neutre politiquement. Il témoigne d'une certaine façon de recommander l'exercice du pouvoir. Comme on a pu le voir au titre des pays de l'ancien bloc soviétique, la gouvernance accompagne un discours qui privilégie des réformes axées essentiellement sur le désengagement des services de l'État et les politiques de privatisation⁶⁸. De nombreux chercheurs estiment, pour les mêmes raisons, que la gouvernance trouve sa première utilité en tant qu'instrument de légitimation de politiques néo-libérales. Elle serait une modalité juridique de la recherche ou du maintien des conditions du libéralisme économique. Sur la base des diagnostics établis pour les pays en voie de développement, il devient effectivement assez clair qu'une des lectures de la gouvernance revient à poser l'existence même de l'État en une anomalie, ou du moins en un problème pouvant affecter la performance économique. Un renversement se serait ainsi opéré, l'appareil étatique qui avait, hier, pour fonction de corriger les défaillances du marché apparaissant désormais lui-même potentiellement défaillant face aux normes imposées par le marché⁶⁹. Ici, finalement, réside la critique la plus sérieuse adressée au concept de gouvernance, qui ne serait rien d'autre qu'une « étiquette relativement inoffensive » pour imposer une économie politique favorable au marché⁷⁰.

Si l'on ne peut ainsi comprendre le concept à l'étude sans tenir compte des logiques économiques qu'il a vocation à servir, il peut être utile de revenir, une dernière fois, sur les principes imposés au nom de la bonne gouvernance, en les envisageant cette fois à fronts renversés. L'exigence de transparence ou d'*accountability* pourrait, en effet, tout aussi bien constituer les éléments d'un langage à destination des autorités onusiennes, et plus largement des organisations internationales elles-mêmes. Une réflexion lancée il y a plusieurs années par un groupe bien connu de professeurs new-yorkais avait fait le constat d'un déficit de responsabilité des acteurs de la gouvernance mondiale qui, comme on l'a pourtant fait observer, exercent quotidiennement toute une série de pouvoirs contraignants. Ces auteurs ne s'appesantissent pas toutefois sur la notion de gouvernance, évoquant plutôt l'idée d'un « droit administratif global » (« *global administrative law* ») qui, faisant aujourd'hui défaut, devrait être

⁶⁷ Sur l'idée de contournement de la politique par le recours au concept de gouvernance, voir notamment S. SUR, « Gouvernance : le mot et la chose », *op. cit.*, pp. 6-7.

⁶⁸ Conseil économique et social, « Définition des concepts et terminologies de base de la gouvernance et de l'administration publique », *op. cit.*, § 6.

⁶⁹ Pour une analyse d'ensemble de ces mouvements, voir J. CHEVALLIER, « L'État post-moderne », *op. cit.* ; P. LAMY, Z. LAÏDI, « La gouvernance, ou comment donner sens à la globalisation », *op. cit.*

⁷⁰ J.-C. GRAZ, *La gouvernance de la mondialisation*, *op. cit.*, p. 40.

postulé et imposé à ces nouveaux pouvoirs dans le but d'offrir des garanties, notamment procédurales, aux personnes qui s'y trouvent soumises⁷¹. Cette recherche académique avait pour principal enjeu de mesurer l'écart existant entre les garanties que les citoyens ont progressivement acquises vis-à-vis du pouvoir national étatique, et leur plus grande vulnérabilité au plan international, faute de bénéficier des mêmes assurances. Il serait alors, dans ce contexte, intéressant de croiser les discours pour appliquer la logique de bonne gouvernance aux institutions qui se chargent de l'imposer aux autorités nationales. Et il pourrait être tout à fait utile, dans cette même logique, de mobiliser le concept de gouvernance, l'expression de « droit administratif global » ayant elle-même été source d'incompréhension⁷². Au-delà de l'effort sémantique, le concept permettrait d'encadrer l'exercice de ces nouveaux pouvoirs issus de l'effritement de la souveraineté étatique. Il servirait en d'autres termes la promotion d'une véritable démocratie mondiale qui peine à se mettre en place⁷³.

RÉSUMÉ

La gouvernance est un concept à la mode. Fréquemment sollicitée par les institutions onusiennes, elle se présente comme l'un des principaux éléments de langage des nouvelles logiques de la globalisation. Si elle traduit d'abord l'idée d'une emprise de la sphère économique sur le politique, la gouvernance véhicule aussi l'image d'un monde pacifié par l'« idéologie » de la mondialisation. A la vérité, les discours qu'elle alimente recèlent une profonde remise en cause de l'exclusivité étatique dans la construction du droit international, mais également l'absence d'un *gouvernement* mondial digne de ce nom. Plutôt que remédier à ce manque, les réflexions engagées par les Nations unies sur la gouvernance globale ont promu un modèle de gestion des affaires communes associant administrations publiques et pouvoirs privés, ONG, citoyens et entreprises multinationales. La gouvernance s'envisage, ici, comme une régulation exercée en l'absence d'autorités hiérarchisées. Dans un autre registre, celui de l'économie du développement, l'imposition d'un modèle de « bonne gouvernance » par les organismes donateurs a révélé l'aspiration néo-libérale des politiques onusiennes. Les conditions posées au soutien financier des

⁷¹ B. KINGSBURY, N. KRISCH, R.B. STEWART, « The Emergence of Global Administrative Law », *Law and Contemporary Problems*, 2005, n° 3-4, pp. 15-61 ; B. KINGSBURY, L. CASINI, « Global Administrative Law Dimensions of International Organizations Law », *International Organizations Law Review*, 2009, n° 2, pp. 319-358 ; C. BORIES (dir.), *Un droit administratif global ?*, Actes du colloque du CEDIN et du CRDP des 16 et 17 juin 2011, Pedone, Paris, 2012.

⁷² La nature « administrative » du pouvoir ici concerné devrait, selon les auteurs évoqués précédemment, être déduite de façon négative de l'activité des institutions internationales, qui n'est ni de nature législative, ni de nature juridictionnelle, et s'identifierait plutôt à un pouvoir de mise en œuvre des règles internationales.

⁷³ Voir les références citées *supra*, note n° 20.

pays en voie de développement privilégient la recherche de performance économique et le désengagement des services de l'Etat, confirmant ainsi l'instrumentalisation d'une rhétorique de la gouvernance.

ABSTRACT

Governance is a trendy concept. Frequently used by UN institutions, it is part of the current narratives about globalization. While it first reflects the control of the economic sphere over politics, governance also conveys the image of a world pacified by the "ideology" associated with globalization. The truth is that the speeches governance feeds conceal a profound questioning of state exclusivity in the international law-making process, but also the absence of a world government worthy of the name. Rather than addressing this gap, the UN's work on global governance has promoted a common business management model involving public and private administrations, NGOs, citizens and multinational companies. In this context, governance amounts to regulations exercised in the absence of hierarchical power structures. In another area, that of development economics, the imposition of a "good governance" model by donor agencies has revealed the neo-liberal aspiration of UN policies. The conditions imposed on financial support for developing countries, favour economic performance and government disengagement, thus confirming the exploitation of discourses on governance.

RESUMEN

La gobernanza es un concepto de moda. Frecuentemente utilizada por las instituciones de la ONU, forma parte de las grandes narrativas actuales sobre la globalización. Aunque primero refleja el control de la esfera económica sobre la política, la gobernanza también transmite la imagen de un mundo pacificado por la "ideología" asociada con la globalización. La verdad es que los discursos de gobernanza ocultan un profundo cuestionamiento de la exclusividad estatal en el proceso de elaboración de leyes internacionales, pero también la ausencia de un *gobierno* mundial digno de ese nombre. En lugar de abordar esta brecha, el trabajo de las Naciones Unidas sobre la gobernanza global ha promovido un modelo común de gestión empresarial que involucra a administraciones públicas y privadas, ONG, ciudadanos y empresas multinacionales. En este contexto, la gobernanza equivale a una regulación ejercida en ausencia de estructuras jerárquicas de poder. En otra área, la de la economía del desarrollo, la imposición de un modelo de "buena gobernanza" por parte de las agencias donantes ha revelado la aspiración neoliberal de las políticas de la ONU. Así, las condiciones impuestas al apoyo financiero para los países en desarrollo, favorecen el desempeño económico y la retirada del gobierno, lo que confirma una instrumentalización de una retórica de la gobernanza.

LE CHAPITRE SUR L'INVESTISSEMENT DU NOUVEL ALENA : LE RETOUR DE L'ETAT ?

Saïda EL BOUDOUHI*

*Professeure à l'Université Polytechnique Hauts de France (Valenciennes),
Institut du Développement et de la Prospective (EA1384)*

Il est ces derniers temps devenu coutumier de recevoir avec une certaine méfiance toute évolution du droit international qui venant des Etats-Unis. Cette tendance s'est renforcée avec l'arrivée au pouvoir de l'Administration Trump. A en croire, par exemple, le discours d'adieu empreint de nostalgie et d'inquiétude de Peter Van Den Bossche à l'Organe d'appel de l'OMC¹, les temps sont sombres pour le droit international économique. Alors qu'ils ne sont à aucun moment désignés nommément dans cette allocution, les Etats-Unis et leur conception des relations économiques internationales sont clairement pointés du doigt. En effet, si l'on limite l'état des lieux à cette seule branche du droit international, on pourrait penser que de la même manière qu'ils agissent « contre » le droit international en bloquant le règlement des différends à l'OMC, en recourant abondamment aux exceptions de « sécurité nationale » en matière de commerce international, en rejetant l'accord de partenariat transpacifique et en arrêtant les négociations pour l'accord transatlantique, ils auraient forcément agi « contre » l'évolution, forcément progressiste, du droit international en exigeant une renégociation de l'ALENA et en parvenant à un texte qui constituerait, par bien des égards, un recul par rapport à l'actuel accord de libre-échange. Et pourtant, de prime abord, l'Accord Canada-Etats-Unis-Mexique (ACEUM, ou nouvel ALENA, ou ALENA 2.0 ci-après), signé le 30 novembre 2018 en marge du Sommet du G20 à Buenos Aires², ne semble pas constituer nécessairement un recul du droit international et du droit international des investissements en particulier. On pourrait même imaginer qu'il devienne un modèle pour de futures évolutions à l'heure où l'on recherche des solutions tous azimuts à la crise de l'arbitrage investisseur-Etat. Le chapitre sur l'investissement du nouvel ALENA serait alors le bébé qu'il ne faudrait pas jeter

* Cette recherche s'inscrit dans le cadre d'un projet soutenu par la Maison européenne des Sciences de l'Homme et de la Société (Lille) à travers le financement d'une mobilité à l'Université d'Arizona en avril 2019.

¹ Discours d'adieu prononcé le 28 mai 2019 à Genève par Peter VAN DEN BOSSCHE, membre de l'Organe d'appel.

² Le texte de l'accord avait été adopté le 1^{er} octobre 2018.

avec l'eau du bain de l'ère Trump. On y voit apparaître, pour la première fois sous l'instigation des Etats-Unis, des réponses aux nombreuses critiques adressées à l'arbitrage transnational³. On y découvre en particulier un retour de l'Etat et du souci de protection de l'intérêt général qui hante depuis quelques années le domaine de l'arbitrage d'investissement⁴. Et pourtant, lues à la lumière du « nouvel ordre géopolitique mondial » récemment mobilisé par la doctrine⁵, certaines des modifications apportées au régime sont tellement radicales qu'elles reflèteraient, davantage qu'un retour de l'Etat, un recul du droit international dans les relations économiques internationales. L'ampleur du changement conduit à se demander s'il n'y a pas, non pas des améliorations d'un système qui était certes largement perfectible, mais une remise en cause du « Great Compact », c'est-à-dire du « *foundational normative arrangement that undergirds the contemporary international investment system* »⁶. La présente étude s'attachera dès lors à montrer, à travers l'examen des modifications introduites dans le chapitre sur l'investissement, en quoi le nouvel ALENA pourrait constituer une évolution positive du droit international de l'investissement ou au contraire un recul de la règle de droit face au politique.

D'un point de vue méthodologique, les notions de progrès et d'amélioration étant très relatives et pouvant renvoyer en l'occurrence à deux conceptions opposées des relations économiques internationales, il convient d'emblée d'en préciser la teneur. En effet, selon que l'on se place du point de vue de l'investisseur étranger qu'il faut à tout prix protéger contre la moindre intervention étatique ou le moindre risque politique, ou que l'on adopte le point

³ Pour un résumé de ces critiques, voy., Commission des Nations Unies pour le Commerce et le Développement (CNUCED), *World Investment Report 2015: Reforming International Investment Governance*, p. 147 ; voy. aussi, pour des critiques générales du système, G. VAN HARTEN, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, OUP, 2007 ; D. SCHNEIDERMAN, *Constitutionalizing Economic Globalization: Investment Rules and Democracy's Promise*, OUP, 2008 ; M. SORNARAJAH, *Resistance and Change in the International Law on Foreign Investment*, CUP, 2015.

⁴ La notion de retour de l'Etat peut prêter à confusion. Ce qui est visé ici ce n'est pas tant « 'le retour de l'Etat' dans l'économie ...qui se traduit ...[notamment] par une réapparition des mesures d'expropriation à grande échelle » (A. DE NANTEUIL, *L'expropriation indirecte en droit international de l'investissement*, Pedone, 2014, p. 588, nous soulignons) ou le retour de l'Etat par le déploiement d'une large palette d'arguments à l'occasion des contentieux (L. MARKERT & C. TITI, « States Strike Back : Old and New Ways for Host States to Defend against Investment Arbitrations », in A. BJORKLUND, *Yearbook on International Investment Law and Policy 2013-2014*, 2015, pp. 401-436. Le retour de l'Etat dont il s'agit consiste pour les Etats à réaffirmer, au moment même d'établir les règles du jeu et de conclure les traités, l'importance de certains objectifs légitimes. Cette idée se retrouve dans les analyses sur les projets de réforme du système. Voy. par ex. A. KULICK (dir.), *Reassertion of Control over the Investment Treaty Regime*, OUP, 2016 ; S. HINDELANG & M. KRAJEWSKI (dir.), *Shifting Paradigms in International Investment Law: More Balanced, Less Isolated, Increasingly Diversified*, OUP, 2016 ; W. M. REISMAN, « The Empire Strikes Back: The Struggle to Reshape ISDS », communication prononcée à l'université de Miami le 16 février 2017, disponible à SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2943514>.

⁵ A. ROBERTS et al., « The Geoeconomic World Order », publié sur le site web *LAWFARE*, 19 novembre 2018 ; S. PUIG, « The United States-Mexico-Canada Agreement : A Glimpse into the Geoeconomic World Order », *AJIL Unbound*, 2019, p. 56.

⁶ W. M. REISMAN, *op. cit.*

de vue de l'Etat, soucieux de préserver des objectifs légitimes d'intérêt général, une même évolution pourra être appréciée différemment. Le nouvel ALENA dans son volet investissement est d'ailleurs tantôt présenté comme « un pas en arrière » qu'il faudrait se garder de suivre dans les futurs accords de libre échange⁷, tantôt perçu timidement par la société civile comme une « amélioration » de ce domaine du droit⁸. S'inscrivant dans le contexte du débat actuel⁹, et relativement ancien¹⁰, sur la nécessité de réformer le droit des investissements, la présente analyse retiendra la perspective de la recherche d'une plus grande légitimité de cette branche du droit, notamment à travers un désormais traditionnel « rééquilibrage » entre la protection de l'investisseur étranger et la poursuite d'objectifs d'intérêt général¹¹.

L'ALENA 2.0 doit encore entrer en vigueur. Après la ratification par le Mexique, intervenue le 19 juin 2019, celle par les deux autres Etats semble désormais acquise dans les prochains mois. En effet, l'opposition politique aux Etats-Unis, qui a fait douter pendant un an des chances d'entrée en vigueur de ce texte, a fini par accepter, le 19 décembre 2019, le texte de l'accord assorti d'un protocole modificatif adopté le 10 décembre 2019. Alors que ce protocole modificatif a conditionné l'acceptation du nouvel accord par les démocrates au sein de la Chambre des représentants américains, il convient toutefois de noter qu'il ne porte guère sur le chapitre

⁷ US Chamber of Commerce (pour la US International Trade Commission), « Pre-Hearing Brief : United States-Mexico-Canada Agreement (USMCA): Likely Impact on the U.S. Economy and on Specific Industry Sectors », 30 octobre 2018.

⁸ Le *think tank* Public Citizen, qui est pourtant très critique sur l'action du gouvernement Trump, a qualifié à plusieurs reprises de « improvements » les changements apportés par l'ACEUM en ce qui concerne le droit des investissements (<https://www.citizen.org/news/renegotiated-nafta-deal-improvements-on-some-key-demands-and-more-work-needed/>); voy. aussi N. BERNASCONI-OSTERWALDER, « USMCA Curbs How Much Investors Can Sue Countries – Sort of », *Columbia Center for International Investment and Sustainable Development* » (<<https://www.iisd.org/library/usmca-investors>>).

⁹ Voy. par ex. les travaux initiés à la CNUDCI au sein du Groupe de travail III (31 août 2018, A/CN.9/WG.III/WP.153); parallèlement, voy. J. CAZALA, « La défiance étatique à l'égard de l'arbitrage investisseur-Etat dans quelques projets et instruments conventionnels récents », *Journal du droit international* (Clunet), 2017, n° 1, pp. 81-98.

¹⁰ Ce débat remonte au début des années 2000, peu après les premières sentences ALENA. Voy. par ex. S. EL BOUDOUHI, « La notion d'intérêt général dans les règles de protection substantielles de protection des investissements », *AFDI*, 2005, pp. 542-543.

¹¹ Les notions de « déséquilibre » ou de « rééquilibrage » sont devenues très fréquentes dans la littérature. Voy. par ex., dans les premiers usages de ces notions, Ph. FOUCHARD, « L'arbitrage et la mondialisation de l'économie », in *Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue ?*, Mélanges en l'honneur de G. Farjat, Paris, 1999, pp. 381-395, spéc. p. 393; P. JUILLARD, « Le système actuel est-il déséquilibré en faveur de l'investisseur privé étranger et au détriment de l'Etat d'accueil » (table ronde) in Ch. LEBEN (dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement. Nouveaux développements*, LGDJ, coll. Anthémis, 2006, pp. 185-202; S. EL BOUDOUHI, « La notion d'intérêt général... », *op. cit.*; W. BEN HAMIDA, « L'arbitrage Etat-investisseur cherche son équilibre perdu : dans quelle mesure l'Etat peut introduire des demandes reconventionnelles contre l'investisseur privé ? », *International Law FORUM du droit international*, 2005, n° 4, pp. 273-280; plus récemment, F. J. GARCIA, L. CIKO, A. GAURAV and K. HOUGH, « Reforming the International Investment Regime: Lessons from International Trade Law », *Journal of International Economic Law*, Volume 18, 2015/4, pp. 861-892.

relatif aux investissements¹². Ces négociations internes, ajoutées aux négociations avec les deux autres Etats, n'en reflètent pas moins la complexité de l'accord et du signal politique qu'il vise à envoyer. La formule ALENA était indéniablement marquée par deux caractéristiques : d'une part, l'affichage en bannière de l'objectif de libre échange porté à son niveau le plus avancé dans le monde et, d'autre part, une certaine unité et continuité dans le champ d'application géographique de l'accord traduit par le terme « nord-américain ». Adopté en 1992 et entrée en vigueur en 1994, l'ALENA a constitué un accord économique d'un nouveau type¹³. Il succède à un premier accord de libre échange entre les Etats-Unis et le Canada (ALE), conclu en 1987 et entré en vigueur en 1988. L'ALENA se distingue de son prédécesseur régional en introduisant le chapitre sur le règlement des différends investisseur-Etat qui existait dans les traités bilatéraux signés par les Etats-Unis avec des pays en développement mais qui trouvait à s'appliquer pour la première fois entre deux pays développés. Le nouvel accord¹⁴ revient sur ces différentes caractéristiques. Non seulement il s'agit d'un accord à géométrie variable en ce qu'il n'implique pas les mêmes obligations pour les trois parties en matière d'investissement¹⁵, mais il est significatif que l'intitulé du nouveau texte ne comporte pas l'expression « libre échange » : c'est précisément le discours de remise en cause du libre échange induite par l'expression « *America first* » qui a conduit à la renégociation de l'accord, davantage que la qualification de « nord-américain ». Il y eut donc une volonté de rupture dans la communication entourant l'accord que le gouvernement américain a toujours présenté pendant les négociations comme un « trade agreement » et non comme un « free trade agreement », la variation terminologique reflétant un certain protectionnisme de façade qui ne correspond pourtant pas au contenu de l'accord. Le discours du gouvernement américain dans les mois qui ont précédé la négociation et pendant celle-ci a consisté à qualifier l'ALENA de « *worst trade deal in the history of the country* »¹⁶. Malgré cette rhétorique, il s'agissait pourtant de maintenir et d'approfondir dans certains cas le libre échange avec les Etats voisins, sans s'afficher ouvertement « libre-échangiste ». Cela permet ainsi au gouvernement

¹² Cet article étant parti en presse avant l'intervention du protocole modificatif du 19 décembre 2019, il n'inclut pas celui-ci dans l'analyse et se limitera à un renvoi dans la partie relative au règlement des différends interétatique. Celui-ci est en effet le seul aspect du nouvel ALENA qui se trouve changé, dans une mesure encore incertaine, par le protocole modificatif de décembre 2019.

¹³ D. TURP, « L'accord de libre échange nord-américain (ALENA) et sa procédure de règlement des différends », *AFDI*, 1992, pp. 808-822.

¹⁴ Aux Etats-Unis l'on utilise la formule USMCA ou NAFTA 2.0, le Canada bilingue utilise l'acronyme CUSMA/ACEUM alors qu'au Mexique l'on préfère T-MEC.

¹⁵ S. PUIG considère que le NAFTA 2.0 est, « *practically* », « *albeit not technically* », un ensemble de deux accords bilatéraux signé par les Etats-Unis (« The United States-Mexico-Canada Agreement : A Glimpse into the Geoeconomic World Order », *op. cit.*, p. 57).

¹⁶ <https://www.theguardian.com/us-news/2018/aug/30/nafta-what-is-it-why-is-trump-trying-to-renegotiate>

américain de se présenter comme ayant rompu avec l'ère des accords de libre échange conclus par les précédents gouvernements, sans pour autant mettre en difficulté l'économie nationale qui bénéficie grandement du libre échange nord-américain¹⁷. Ainsi, malgré le discours officiel et quelques mesures ouvertement protectionnistes, l'orientation largement libérale de l'ALENA 2.0 l'emporte. Parmi les restrictions notables, on soulignera les règles d'origine en matière automobile dont la complexité semble quelque peu diluer les effets : afin de bénéficier du régime favorable du nouveau texte qui maintient la suppression des barrières tarifaires déjà acquises dans l'ALENA, les véhicules automobiles doivent être fabriqués avec un certain pourcentage de composantes nord-américaines. Schématiquement, loin d'intervenir en terrain vierge, les modifications consistent seulement à faire passer chacun des pourcentages requis de près de 60% à environ 70%¹⁸. A ces règles de composition des automobiles s'ajoute une autre nouvelle restriction qui mêle règle d'origine et droits sociaux : elle exige que 40 à 45% des coûts humains de fabrication corresponde à l'emploi de personnes rémunérées au moins 16 dollars de l'heure, ce qui aura pour effet que les 40 à 45% proviendront des Etats-Unis et du Canada où les salaires atteignent ce seuil¹⁹. En apparence motivée par des préoccupations sociales, cette règle est surtout une mesure protectionniste visant à protéger les fabrications américaines. L'ACEUM met par ailleurs fin à la libéralisation des marchés publics entre le Canada et les Etats-Unis et diminue sa portée dans les relations entre les Etats-Unis et le Mexique. Pour le reste, la Chambre de commerce américaine a accueilli avec satisfaction la plupart des chapitres, jugeant que « *the agreement includes strong, positive provisions in a number of chapters, some of which surpass the quality achieved in any earlier U.S. trade agreement* »²⁰. Ainsi, elle souligne le caractère « exemplaire » des nouveaux chapitres sur le commerce électronique – qui n'était pas couvert par l'ALENA –, la propriété intellectuelle – qui n'était que partiellement comprise –, les services financiers, les mesures sanitaires, les entreprises publiques, les bonnes pratiques réglementaires, les télécommunications, les mesures sanitaires et phytosanitaires, les barrières techniques au commerce, la réglementation de la concurrence et les mesures douanières et de facilitation des échanges²¹. Le nouveau texte ouvre même, dans une mesure limitée, de nouveaux accès au marché canadien pour les produits laitiers américains.

¹⁷ Voir le rapport de l'*International Trade Commission*. Voy. également la lettre de soutien rédigée par la Chambre du Commerce pour appeler à la ratification du nouvel accord (23 juillet 2019).

¹⁸ ACEUM, appendice à l'annexe 4-B, Product-Specific Rules of Origin for Automotive Goods.

¹⁹ D. GANTZ, « The United-States-Mexico-Canada Agreement : Overview and Analysis », rapport du *Baker Institute for Public Policy*, 11 décembre 2018.

²⁰ US Chamber of Commerce (pour la US International Trade Commission), « Pre-Hearing Brief : United States-Mexico-Canada Agreement (USMCA): Likely Impact on the U.S. Economy and on Specific Industry Sectors », 30 octobre 2018.

²¹ *Ibid.*

Et pourtant il y a bien rupture avec l'ère précédente. Mais celle-ci ne concerne véritablement que le seul chapitre pour lequel la Chambre américaine du commerce a affirmé qu'il s'agissait d'un « *step back* »²², à savoir celui sur la protection des investissements. Une autre modification notable de l'ALENA, qui mériterait un examen ailleurs, est l'introduction de véritables chapitres sur les droits sociaux et l'environnement dont l'efficacité reste toutefois douteuse²³. Cette innovation en matière de protection sociale et environnementale ne parvient pourtant pas à constituer une véritable rupture avec l'ALENA dès lors que son unique nouvelle caractéristique est d'être soumise au règlement des différends interétatique dont on sait pourtant qu'il repose encore sur la volonté des Etats en dépit de son caractère obligatoire²⁴. Par ailleurs, contrairement aux nouvelles restrictions en matière de construction automobile qui sont réversibles, les nouvelles règles en matière d'investissement visent à changer profondément le cadre général de protection des investissements. Ainsi, à l'heure où les propositions théoriques et recommandations de réforme du droit international des investissements se multiplient²⁵, le nouvel ALENA pourrait apparaître comme un modèle assez équilibré de réforme qui existe désormais – sous réserve de sa ratification par les Etats-Unis et le Canada – et qui pourrait constituer une alternative viable à l'utopique cour multilatérale des investissements de l'Union européenne. Le nouvel ALENA parviendra-t-il à s'ériger en exemple, de la même manière que l'ALENA a pu modeler de nombreux accords ultérieurs, qu'il s'agisse d'accords de libre échange ou de traités bilatéraux d'investissement. Alors que le partenariat transpacifique apparaît comme « une reproduction fidèle du modèle américain » de traité relatif à la protection des investissements²⁶, le nouvel ALENA semble proposer une voie alternative à celle que les Etats-Unis empruntaient jusque-là.

La présente analyse procédera à une appréciation des différentes nouveautés introduites par le chapitre sur les investissements du nouvel accord ALENA afin de déterminer si ce nouvel accord correspond à une évolution souhaitable du

²² *Ibid.*

²³ Notons toutefois qu'alors que le chapitre sur la protection de l'environnement semble pavé de bonnes intentions, celui sur les droits sociaux est présenté comme ayant déjà eu un effet sur les droits des travailleurs au Mexique où la législation relative notamment à la liberté syndicale a été modifiée par une loi fédérale du 29 avril 2019 sous la houlette du président socialiste Lopez Obrador.

²⁴ Voy. *infra* sur le règlement des différends interétatique. Le principal point d'achoppement dans l'approbation par les démocrates au Congrès américain est la protection sociale et environnementale, jugée insuffisante, étant donné l'absence de mécanisme de contrôle de la mise en œuvre.

²⁵ A. ROBERTS, « Incremental, Systemic and Paradigmatic Reform of Investor-State Arbitration », *AJIL*, 2018, pp. 410-432; also S. PUIG et G. SCHAFFER, « Imperfect Alternatives : Institutional Choice and the Reform of Investment Law », *AJIL*, 2018, pp. 361- ; Columbia Center for Sustainable Development, « Exploring Alternatives to ISDS », <http://ccsi.columbia.edu/work/projects/exploring-alternatives-to-isds/>. Voy. plus généralement les discussions qui se poursuivent au sein de la CNUDCI sur l'arbitrage investisseur-Etat.

²⁶ Ch.-E. CÔTÉ, « Chronique de droit international économique », « investissement », *Annuaire canadien de droit international*, 2016, p. 409.

droit international des investissements. Cet examen se fera non seulement à la lumière du bilan de l'actuel ALENA auquel le nouvel accord est une réponse directe, mais aussi à travers une comparaison avec d'autres réponses apportées récemment aux débats suscités par l'arbitrage d'investissement. On pense particulièrement à l'Accord économique et commercial global entre l'Union européenne et le Canada (AECG ou CETA ci-après) mais aussi à d'autres accords moins connus tels que celui conclu en 2016 entre le Maroc et le Nigéria qui a pu être présenté comme correspondant à une « nouvelle génération » d'accord plus progressiste²⁷. Cette appréciation se fera selon une grille classique d'analyse des aspects de ce type d'accord: d'une part, seront examinées les modifications apportées aux règles de contentieux ou règles procédurales (I), d'autre part seront analysées les modifications apportées aux règles substantielles applicables aux investissements étrangers (II).

I. LES RESTRICTIONS PROCÉDURALES APPORTÉES À L'ARBITRAGE INVESTISSEUR-ÉTAT

Les restrictions procédurales désignent toutes les nouvelles règles relatives à l'arbitrage investisseur-Etat introduites dans le nouvel ALENA qui ont pour effet d'accorder une protection moindre à l'investisseur. En effet, les modifications apportées aux règles du contentieux vont invariablement dans le sens d'une limitation des avantages procéduraux dont bénéficient généralement les investisseurs. Les modifications ainsi apportées à la protection procédurale de l'investisseur touchent principalement l'accès même à l'arbitrage. Toutefois, certaines règles visant à encadrer la procédure en cas d'accès à l'arbitrage méritent d'être mentionnées brièvement de manière préalable. En effet, même s'il ne met pas en place un mécanisme permanent d'arbitrage, le nouvel ALENA comporte aussi des modifications procédurales qui répondent à certaines des critiques exprimées à l'égard de l'arbitrage investisseur-Etat. L'une d'elles est que les personnes siégeant dans un tribunal ne peuvent pas simultanément représenter une partie dans une autre procédure. Le nouveau texte renferme également d'autres règles, désormais classiques, relatives à des questions d'éthique ou de conflits d'intérêt. Une autre limitation significative de l'office des tribunaux arbitraux est celle qui restreint leur pouvoir en cas d'engagement de la responsabilité à l'octroi d'indemnités et à la restitution de propriété. Est ainsi écartée, par une note de bas de page, la possibilité pour le tribunal d'enjoindre à un Etat « *to take or not take other actions including the amendment, repeal, adoption, or implementation of a law or regulation* »²⁸.

²⁷ T. GAZZINI, « Nigeria and Morocco Move towards a « New Generation » of Bilateral Investment Treaties », *EJIL Talk'*, 8 mai 2017.

²⁸ Article 14.D.13, note de bas de page 27.

Un tribunal ne pourra dès lors pas exiger du pouvoir exécutif la suspension d'une décision judiciaire en violation du principe de séparation des pouvoirs comme ce fut le cas dans l'affaire *Chevron c. Ecuador*²⁹. Enfin, les pouvoirs des tribunaux arbitraux sont limités par l'exigence de « preuves satisfaisantes » pour l'octroi de dommages. L'accord exclut ainsi ce qu'il qualifie de « dommage spéculatif » qui serait fondé sur un manque à gagner. Sans équivalent dans l'accord UE-Canada, cette innovation en évoque une autre introduite dans le Partenariat Trans-pacifique. Ce dernier limite les dommages qui peuvent être octroyés à l'investisseur mais cette limitation ne concerne que les violations qui concerneraient la phase de pré-investissement. L'accord Mexique-Etats-Unis amplifie donc le mouvement de restriction en l'étendant à la phase post-investissement.

Ces clarifications procédurales ne constituent pas véritablement des restrictions de la protection offerte à l'investisseur qui concernent l'accès à l'arbitrage. Ainsi, compétence du tribunal et protection procédurale deviennent synonymes. Parallèlement à la protection substantielle qui consiste à exiger de l'Etat un certain comportement vis-à-vis de l'investisseur étranger, la protection procédurale consiste à lui donner un accès privilégié à un *forum* de règlement des différends. La protection procédurale apparaît alors comme la condition même de l'efficacité des règles substantielles. Or, l'accès à l'arbitrage investisseur-Etat se trouve considérablement restreint dans le nouvel ALENA. Cela vaut autant pour les relations entre les Etats-Unis et le Canada (A) que dans le cadre des relations entre les premiers et le Mexique (B).

A. L'exclusion, non compensée, de l'arbitrage investisseur-Etat dans les relations entre les Etats-Unis et le Canada

L'exclusion de l'arbitrage transnational dans les relations entre les Etats-Unis et le Canada est d'autant plus remarquable que les autres mécanismes, soi-disant alternatifs, de règlement des différends semblent d'une portée très limitée (2).

1. Une suppression fondée sur le bilan de l'actuel ALENA

Davantage que d'une limitation procédurale, il s'agit ici d'une réduction pure et simple du champ d'application *ratione personae* de l'arbitrage. Hormis une période transitoire de trois ans après l'extinction de l'actuel ALENA et l'entrée en vigueur du nouveau texte, l'arbitrage investisseur-Etat est supprimé entre les Etats-Unis et le Canada. Si le chapitre sur le règlement des différends investisseur-Etat est bien maintenu dans le nouvel ALENA, il ne s'agit plus que d'un accord bilatéral entre le Mexique et les Etats-Unis qui ne recouvre donc en aucun cas les relations entre les Etats-Unis et le Canada, ni celles du reste entre

²⁹ Cour permanente d'arbitrage, *Chevron/Texaco c. Equateur*, sentence 30 août 2018, No. 2009-23.

le Canada et le Mexique³⁰. La suppression de l'arbitrage investisseur-Etat entre le Canada et les Etats-Unis est l'innovation la plus radicale de l'ACEUM. Le gouvernement américain s'est montré délibérément hostile à l'arbitrage investisseur-Etat avec le Canada, mais le gouvernement canadien a finalement su s'accommoder de cette exigence qui allège considérablement le prix contentieux des investissements américains au Canada³¹. Cette modification est même perçue comme ayant « *strengthened the Canadian government's right to regulate in the public interest* »³². Quant au point de vue des investisseurs canadiens aux Etats-Unis, ils n'ont pas obtenu la preuve que la protection procédurale offerte par l'arbitrage investisseur-Etat ait eu un quelconque effet sur les autorités américaines puisqu'ils n'ont gagné aucune des affaires introduites contre les Etats-Unis sous l'actuel ALENA. Le Canada pouvait alors difficilement se prévaloir de la perte que constitue la suppression de cette possibilité pour ses acteurs économiques. En somme, il est difficile, face au secret des négociations, de savoir si la suppression est due à la seule volonté américaine ou si celle-ci a été accueillie avec un certain soulagement par le gouvernement canadien. Ce qui est certain c'est que celui-ci ne semble pas avoir de vue trop arrêtée sur l'arbitrage investisseur-Etat et qu'il est prêt à suivre ses partenaires dans les deux extrêmes, que ceux-ci, à l'instar de l'Union européenne lui proposent une généralisation et une institutionnalisation du système, ou qu'ils rejettent catégoriquement le système à son égard comme c'est le cas des Etats-Unis. En effet, alors que l'exclusion du chapitre sur l'investissement de l'accord de libre échange entre l'Union européenne et le Japon est dû aux différences de conception des deux parties sur le règlement des différends entre les investisseurs et l'Etat³³, la suppression de l'arbitrage entre les Etats-Unis et le Canada ne semble pas être le fruit d'une différence de conception mais bien un choix concordant des deux Etats.

S'agissant du bilan qui permettrait d'expliquer cette évolution, le système prévu dans l'ALENA a permis le déclenchement de la procédure arbitrale contre

³⁰ Voy. *infra*.

³¹ Une étude a montré le coût non négligeable pour le gouvernement des procédures arbitrales auquel il a dû faire face sur une période de 25 ans, que ce soit par le montant des réparations versées dans les affaires où sa responsabilité a été engagée ou les frais occasionnés par la défense dans toutes les affaires (S. SINCLAIR, « Canada's Track Record Under NAFTA Chapter 11 », *Canadian Center for Policy Alternatives*; <https://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/topics-domaines/disp-diff/gov.aspx?lang=eng>).

³² J. MUNSON, « Canada Told to Pay \$7 million in NAFTA Quarry Case », *Bloomberg Law*, February 26, 2019, <http://bit.ly/2lhYMOB>; voy. aussi D. GANTZ, « The United States-Mexico-Canada Agreement: Settlement of Disputes », *Report of the Baker Institute for Public Policy*, 2 mai 2019 (<https://www.bakerinstitute.org/media/files/files/d14a5a86/bi-report-050219-mex-usmca-3.pdf>).

³³ L'Union européenne est favorable à une institutionnalisation du règlement des différends à travers la création d'organes permanents à l'instar de ce qui existe dans son accord avec le Canada ou Singapour, alors que le Japon préfère l'arbitrage investisseur-Etat éclaté que l'on connaît aujourd'hui.

les Etats-Unis dans près de 20 affaires³⁴. Le gouvernement américain a néanmoins réussi l'exploit, assez difficilement explicable juridiquement³⁵, d'avoir gain de cause dans toutes les affaires introduites par les investisseurs canadiens ou mexicains contre lui³⁶. L'absence de condamnation n'annule en revanche pas les frais occasionnés par les procédures arbitrales dans lesquelles les Etats-Unis ont dû se défendre vigoureusement, ni l'autolimitation – « *chilling effect* » – qu'un risque contentieux a pu représenter pour les autorités au moment d'user de leur pouvoir réglementaire³⁷. Du côté du Canada comme défendeur, le chapitre 11 de l'ALENA lui a valu un grand nombre de condamnations parmi la trentaine d'affaires³⁸ introduites contre lui. La suppression n'est donc pas symbolique pour cet Etat, ni même pour les Etats-Unis. Il y a une véritable intention de retourner au régime antérieur à l'ALENA en matière de règlement des différends entre ces deux voisins nord-américains qui devront se contenter du mode interétatique dont on pourrait imaginer qu'il connaîtra un regain d'intérêt³⁹. La suppression de l'arbitrage investisseur-Etat semble étayée, selon la Commission du commerce international, l'agence fédérale indépendante et bipartite aux Etats-Unis, par des analyses économiques tendant à montrer que l'effet sur les flux d'investissement entre deux pays développés est marginal⁴⁰. Ce même argument a d'ailleurs été invoqué par les opposants à l'arbitrage transnational à propos du CETA qui a pourtant opté pour la solution exactement

³⁴ Le nombre exact d'affaires initiées contre chacun des Etats est soumis à une certaine variation, selon que l'on prend en compte uniquement les affaires où des décisions ont été rendues, ou que l'on prenne en compte également celles qui sont encore en cours, celles où un tribunal a été formé ou celles où l'affaire a été réglée à l'amiable après le déclenchement de la procédure. Pour plus de précisions, consulter les listes établies par les trois gouvernements sur leurs sites Internet : <https://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/topics-domaines/disp-diff/gov.aspx?lang=eng> ; <https://www.state.gov/nafta-investor-state-arbitrations/> ; <https://www.gob.mx/se/acciones-y-programas/comercioexterior-solucion-de-controversias?state=published>.

³⁵ Rappelons que l'issue de certaines affaires a été particulièrement controversée. Voy. l'exemple de la sentence rendue dans l'affaire *Loewen c. Etats-Unis* (N. RUBINS, « The Burial of an Investor-State Arbitration Claim, *Arbitration International*, 2005/1, pp. 1-34) à propos de laquelle il a été découvert ultérieurement que l'un des arbitres avait été soumis à des pressions politiques importantes de la part des Etats-Unis (J. PAULSON, « Moral Hazard in International Dispute Resolution », *ICSID Rev.-FILJ*, 2010, p. 339 ; V. V. VEEDER, « The Historical Keystone to International Arbitration. The Party-Appointed from Miami to Geneva », in D. CARON et autres (dir.), *Practicing Virtue. Inside International Arbitration*, Oxford University Press, 2015, pp. 129-130).

³⁶ Sur le nombre total d'affaires introduites contre les Etats-Unis, seules deux ont été déclenchées par des investisseurs mexicains. <<https://2009-2017.state.gov/s/l/c3741.htm>>

³⁷ C'est, du moins, ce qu'affirme le ministre du commerce américain, Robert Lighthizer. [<https://nationalmagazine.ca/en-ca/articles/law/hot-topics-in-law/why-the-u-s-agreed-to-scrap-nafta's-chapter-11>]. Sur le « *chilling effect* » ou « *regulatory chill* » plus généralement, voy. « Regulatory Chill and the Threat of Arbitration: A View from Political Science », in Ch. BROWN et K. MILES (dir.), *Cambridge University Press*, Cambridge University Press, 2011, pp. 606-627.

³⁸ S. SINCLAIR, « Canada's Track Record Under NAFTA Chapter 11 », *Canadian Center for Policy Alternatives* ; <<https://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/topics-domaines/disp-diff/gov.aspx?lang=eng>>

³⁹ *Infra*.

⁴⁰ United States International Trade Commission, *US-Mexico-Canada Trade Agreement : Likely Impact on the US Economy and on Specific Industry Sectors* », 4889, avril 2019.

inverse, à savoir la généralisation de l'arbitrage avec une institutionnalisation du système entre deux partenaires traditionnellement considérés par les investisseurs comme stables et fiables.

L'arbitrage investisseur-Etat est également supprimé entre les investisseurs canadiens au Mexique et les investisseurs mexicains au Canada. Toutefois, cela est pallié par l'Accord de partenariat trans-pacifique auquel sont parties le Mexique et le Canada aux côtés de neuf autres Etats du Pacifique⁴¹. L'inclusion d'un chapitre sur l'arbitrage investisseur-Etat entre le Canada et le Mexique aurait conduit soit à une contradiction entre les deux accords liant le Canada et le Mexique, soit à un alignement du chapitre sur l'investissement entre ces deux Etats sur le partenariat trans-pacifique, ce qui aurait morcelé davantage encore l'accord entre les trois Etats nord-américains⁴². Le partenariat trans-pacifique, qui comporte un système de règlement des différends investisseur-Etat marqué par un certain classicisme⁴³, est entré en vigueur pour les deux Etats le 30 décembre 2018. Bien qu'il introduit des clarifications des notions les plus controversées du droit des investissements⁴⁴, ainsi qu'un renforcement des exigences de transparence, l'accord transpacifique maintient le système existant notamment en ne mettant pas en place de mécanisme d'appel.

L'arbitrage investisseur-Etat est en revanche maintenu dans l'ALENA 2.0 pour les investisseurs américains au Mexique et les investisseurs mexicains aux Etats-Unis. Faut-il en conclure alors que les Etats-Unis ne sont pas si réticents que cela vis-à-vis de l'arbitrage d'investissement ? On est pourtant dans le schéma initial des traités bilatéraux d'investissement entre pays développé et pays en développement : la réciprocité est assez formelle puisqu'il n'y a eu, dans les 25 années de vie de l'ALENA, que deux procédures initiées par des investisseurs mexicains aux Etats-Unis, contre plus d'une vingtaine contre le Mexique par des investisseurs américains. Cela souligne à la fois l'importance de la réciprocité dans les relations économiques internationales – pouvait-on imaginer que le Mexique accepte la compétence arbitrale si les Etats-Unis ne l'admettaient pas pour eux-mêmes ? – et son caractère purement formel. Les Etats-Unis ont-ils pris un risque que les contentieux initiés par les investisseurs mexicains aux Etats-Unis se multiplient à la suite d'une évolution inattendue du

⁴¹ Les autres parties sont l'Australie, Brunéi, le Chili, le Japon, la Malaisie, la Nouvelle-Zélande, le Pérou, Singapour et le Vietnam.

⁴² L'hypothèse visée est celle dans laquelle l'accord sur l'arbitrage investisseur-Etat entre les Etats-Unis et le Mexique aurait été le même que celui qui a été retenu, alors que le Canada et le Mexique se serait mis d'accord sur un texte s'alignant sur le partenariat transpacifique. Cela aurait conduit à de probables divergences d'interprétation d'un même texte – le nouvel ALENA – par deux systèmes de règlement des différends – celui entre le Mexique et les Etats-Unis et celui entre le Mexique et le Canada. La position aurait été difficilement tenable pour le Mexique qui aurait pris part aux deux systèmes.

⁴³ Ö. SÜSLER et T. WILSON, « The Phoenix Rises: Is the CPTPP a New Breed of Trade Partnership or More of the Same? », *Transnational Dispute Management*, mars 2019.

⁴⁴ On pense notamment à la délimitation de la notion de « traitement juste et équitable » dont le contour est tracé par l'article 9.6 au sein du chapitre 9 consacré aux investissements. *Voy. infra*.

flux d'investissements mexicains aux Etats-Unis ? La « sunset clause », qui impose une durée de vie de l'accord limitée à 16 ans, semble précisément là pour parer à ce type d'aléa puisque cela permet de faire un bilan et de décider ou non de la reconduction de l'accord.

Cette fragmentation potentielle – sous réserve de ratification ! – de l'accord plurilatéral qu'est encore l'ALENA actuel en un petit faisceau de relations bilatérales⁴⁵ semble enterrer toute ambition d'un quelconque projet multilatéral en matière d'investissements, *a fortiori* en ce qui concerne son volet règlement des différends, à moins de l'envisager sans la participation de certains grands acteurs comme les Etats-Unis ou le Japon⁴⁶. Quoi que peu probable, cette piste-là, également examinée pour le règlement des différends à l'OMC⁴⁷, n'est pas à exclure étant donné notamment le récent soutien manifesté par la Chine au système actuel d'arbitrage investisseur-Etat tel que l'Union européenne propose de le modifier⁴⁸. Cela n'en conduit pas moins à croire que l'échec des négociations autour de l'Accord multilatéral sur l'investissement (AMI) dans les années 1990 n'était pas accidentel mais prédéterminé par la nature des relations économiques internationales⁴⁹. Cela ne semble en tout cas pas de bon augure pour le projet de cour multilatérale des investissements porté par l'Union européenne malgré les ressources investies par les Etats dans les négociations qui ont lieu au sein du groupe de travail de la CNUDCI depuis 2017⁵⁰.

2. Des alternatives peu solides à l'arbitrage transnational

Il reste bien entendu pour les investisseurs canadiens aux Etats-Unis et investisseurs américains au Canada l'arbitrage interétatique maintenu au chapitre 31 du nouvel accord pour tout différend qui pourrait surgir entre les parties, y compris un différend relatif à la protection des investissements. Outre que l'on voit là une survivance – ou une renaissance ? – de la protection diplomatique avec

⁴⁵ *Supra*.

⁴⁶ On pense certes à la justice pénale internationale qui a été lancée sans la participation des Etats-Unis, à ceci près que dans ce dernier cas ils avaient fortement contribué à mettre en place la Cour pénale internationale pour finalement se retirer du processus de ratification. Par ailleurs, rappelons que le Japon ne s'est pas entendu avec l'Union européenne sur la mise en place d'un tribunal d'investissements à l'instar de ce que prévoit le CETA.

⁴⁷ C'est notamment ce que l'ancien directeur général de l'OMC, Pascal Lamy, a suggéré en pleine crise de suspension de l'Organe d'appel. <<https://www.reuters.com/article/us-usa-wto/wto-should-prepare-for-life-without-u-s-ex-chief-lamy-says-idUSKCN1G326S>>

⁴⁸ A. ROBERTS et T. ST-JOHN, « Uncitral and ISDS Reform : China's Proposal », *EJILTALK*, 5 août 2019.

⁴⁹ Sur la notion de contingence dans les relations économiques internationales, voy. S. EL BOUDOUHI, « *Barcelona Traction* Re-Imagined : The ICJ as a world court for foreign Investment Cases ? », in I. VENKZE et K. J. HELLER, *Contingency in the Course of International Law*, à paraître chez OUP.

voy. aussi J. PAUWELYN sur le caractère « accidentel » de l'évolution de la protection des investissements internationaux (« At the Edge of Chaos ? Foreign Investment Law as a Complex Adaptive System, how It Emerged and How It Can Be Reformed », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Volume 29, Issue 2, 1 May 2014, pp. 372–418).

⁵⁰ Travaux menés à la CNUDCI au sein du Groupe de travail III (voy. par ex. A/CN.9/WG.III/WP.153, 31 août 2018).

les aléas que cela suppose pour l'investisseur dont les intérêts sont affectés, on rappellera que ce chapitre ne se distingue pas fondamentalement de l'actuel chapitre 20 de l'ALENA qui met en place un arbitrage interétatique⁵¹. Or, ce mécanisme n'a fonctionné qu'à trois reprises dans les premières années⁵². Puis, à partir de 2000 et du différend sur les restrictions à l'importation de sucre mexicain⁵³, les Etats-Unis se sont opposés à la nomination de nouveaux membres dans les listes de personnes susceptibles d'être désignées dans les arbitrages interétatiques – *roster* –⁵⁴, bloquant ainsi le mécanisme comme cela a pu arriver plus récemment à l'OMC⁵⁵. Le système avec ce verrou de blocage est maintenu dans le nouvel accord, malgré une formulation différente. En effet, alors que le partenariat trans-pacifique, mais aussi l'accord entre le Canada et l'Union européenne, ont été conçus de manière à minimiser le risque de ce type de blocage par un Etat membre⁵⁶, il n'en est rien du nouvel ALENA sur lequel pèsent les mêmes risques que sur l'ancien⁵⁷. La technique de négociation américaine a consisté à placer parmi ses objectifs de renégociation de transformer la portée contraignante des décisions issues du système interétatique en simples recommandations. Ainsi, le fait de conserver dans la version finale le système de règlement des différends interétatique dans sa dimension contraignante a pu apparaître comme une victoire pour les deux autres partenaires qui ne pouvaient dès lors qu'être moins regardants sur les possibilités de blocage maintenues dans le système. Ce risque, qui apparaît comme réel au regard de la pratique américaine, ajouté aux restrictions de l'accès à l'arbitrage transnational et à la mise à mort parallèle de l'Organe d'appel à l'OMC, peut pourtant purement et simplement vider de sa substance un système de libre-échange fondé sur le droit et ainsi le transformer en un système fondé sur la puissance et les rapports de force.

⁵¹ Après l'envoi en presse du présent article a été adopté, le 10 décembre 2019, un protocole modificatif de l'accord du 30 novembre 2018. L'un des apports de ce protocole consiste précisément à rendre le recours à l'arbitrage interétatique moins dépendant de la volonté de chacune des trois parties en évitant le risque de blocage des nominations de personnes pouvant siéger dans les tribunaux arbitraux.

⁵² Aff. des tarifs appliqués par le Canada à certains produits agricoles américains, décision du 2 décembre 1996, CDA-USA-1995-2008-01; aff. des mesures de sauvegarde américaines prises relativement aux balais en paille de Sorgho du Mexique, USA-MEX-1997-2008-01, décision du 30 janvier 1998; aff. des services transfrontières de camionnage, USA-MEX-1998-2008-01, 5 février 2001. Voy. <https://www.nafta-sec-alena.org/Accueil/R%C3%A8glement-des-diff%C3%A9rends/Historique-des-r%C3%A9visions>

⁵³ S. PUIG, « Investor-State Tribunals and Constitutional Courts: The Mexican Sweeteners Saga », *Mexican Law Review*, 2013, p. 34.

⁵⁴ Pour un compte rendu du blocage, voy. S. LESTER, I. MANAK et A. ARPAS, « Access to trade justice : fixing NAFTA's flawed state-to-state dispute settlement process », *World Trade Review*, 2019, pp. 67-68 ; *Cargill, Inc. v. United Mexican States* (2009) ARB(AF)/05/Z (ICSID), §§ 85-100, www.italaw.com/cases/documents/226.

⁵⁵ Voy. S. EL BOUDOUHI et S. ROBERT-CUENDET, « Chronique du règlement des différends à l'OMC », *AFDI*, 2016, pp. 651-652 et *AFDI*, 2017, pp. 702-703.

⁵⁶ S. LESTER, I. MANAK & A. ARPAS, *op. cit.*, pp. 69 ss.

⁵⁷ Mise à jour : voir toutefois l'accord modificatif du 10 décembre 2019.

On pourrait alors penser que la seule véritable alternative laissée aux investisseurs américains au Canada et aux investisseurs canadiens aux Etats-Unis est de se tourner vers les juridictions nationales pour exiger le respect des engagements internationaux pris par l'Etat hôte dans le nouvel ALENA. Il est à cet égard prometteur de constater que le nouveau texte, pas plus que l'actuel ALENA, ne comporte pas de clause excluant expressément l'invocabilité directe des dispositions. Une telle clause d'exclusion se trouve dans le CETA par exemple⁵⁸, ce qui pourrait d'ailleurs être interprété comme signifiant, a contrario, que sans cette clause les dispositions en question pourraient présenter les conditions nécessaires à leur invocabilité directe devant les juges internes⁵⁹. Toutefois, la pratique relative à l'ALENA a montré que l'absence d'une telle clause est liée à une différence d'approche quant aux rapports entre droit international et droit interne : alors que le système juridique mexicain, à tendance moniste, ouvre la voie à l'invocabilité directe des dispositions de l'ALENA devant les juridictions nationales⁶⁰, il n'en est rien des Etats-Unis et du Canada qui ont chacun exclu dans leur loi de mise en œuvre de l'ALENA toute création de droits dans l'ordre interne au profit des investisseurs⁶¹. On pourrait certes espérer que l'exclusion de l'arbitrage transnational conduise les législateurs des deux Etats à évoluer sur ce point et à rétablir une forme d'équilibre en ne reproduisant pas dans leur acte de mise en œuvre du nouvel ALENA l'exclusion de l'invocabilité directe. Cela serait cohérent si le but de la renégociation était véritablement de renforcer la protection du pouvoir réglementaire de l'Etat sans toutefois reculer sur le respect de la règle de droit international. Ce n'est pourtant pas ce que l'on peut inférer d'autres dispositions du nouvel accord. En effet, le nouvel ALENA contient, à l'appendice 3 une clause qui est l'équivalent de l'annexe 1120.1 ajoutée à l'ALENA par le Mexique. Selon cette disposition, les investisseurs américains ne peuvent pas saisir un tribunal arbitral d'une allégation de violation par le Mexique d'une disposition de l'accord, s'ils ont déjà présenté la même cause juridique devant une juridiction interne, autrement dit s'ils se sont déjà prévalu de la même disposition conventionnelle devant le juge interne. A l'inverse, si devant les

⁵⁸ Article 30.6 : « Droits privés. Aucune disposition du présent accord n'est interprétée comme conférant des droits ou imposant des obligations à des personnes autres que ceux créés entre les Parties en vertu du droit international public, ni comme permettant d'invoquer directement le présent accord dans les systèmes juridiques internes des Parties ».

⁵⁹ Pour un raisonnement analogue à propos de l'ALENA aux Etats-Unis et au Canada, voy. E. LAGRANGE, « L'application des accords relatifs à l'investissement dans les ordres juridiques internes », in S. ROBERT-CUENDET, *Droits des investissements internationaux. Perspectives croisées*, Larcier, 2017, p. 508.

⁶⁰ Article 133 de la constitution. L. E. OROZCO TORRES, *El Derecho internacional y el sistema jurídico mexicano. Problemas actuales*, 2015, thèse de l'université de Sevilla (Espagne), 720 p. Pour un exemple de contentieux relatif aux investissements devant les juridictions mexicaines, voy. S. PUIG, « Investor-State Tribunals and Constitutional Courts: The Mexican Sweeteners Saga », *Mexican Law Review*, 2013, pp. 199-243.

⁶¹ 19 U.S.Code 3312 (c), 1993 (relationship of NAFTA to United States and States Law) ; North American Free Trade Agreement Implementation Act, § 6 (2), 1993, Consolidated Statutes of Canada c 44.

juridictions internes ils ont invoqué la violation de règles équivalentes de droit interne, il leur restera la possibilité de saisir le tribunal arbitral des mêmes faits mais avec un moyen juridique différent, c'est-à-dire au titre de la violation d'une règle internationale. Cette disposition, qui ne vaut que pour la protection minimale garantie par la régime général à travers le droit au traitement non moins favorable et l'expropriation directe⁶², est la seule clause asymétrique de l'accord : elle s'applique uniquement aux investisseurs américains au Mexique. Son maintien dans le nouvel accord appelle plusieurs observations qui concernent les trois parties. D'une part, cela confirme la tendance moniste du système juridique mexicain s'agissant des rapports entre droit international et droit interne. En effet, la clause d'exclusion du double examen, aux niveaux interne et international, d'une même cause juridique suppose que les juridictions mexicaines puissent connaître de l'allégation de violation d'un traité international relatif à la protection des investissements en tant que partie intégrante du droit mexicain. Elle implique donc que les dispositions du traité puissent être considérées comme étant directement applicables en droit interne. D'autre part, l'inapplicabilité de cette clause aux investisseurs mexicains aux Etats-Unis, laissant entendre qu'ils pourraient invoquer la violation d'une même disposition conventionnelle successivement devant le juge interne puis devant le tribunal arbitral, tend à suggérer que le risque de contradiction n'est pas à craindre en raison du caractère improbable de la reconnaissance par les juges américains de l'invocabilité directe des traités relatifs aux investissements. Cette reconnaissance sera même tout simplement impossible si le législateur reproduit, dans l'acte de mise en œuvre du nouvel accord, la même exclusion que dans l'actuel ALENA. De manière générale, en l'absence de dispositions expresses, le Sénat américain semble prêt à reconnaître le caractère *self-executing* et la création de certains droits individuels, mais non un droit d'action des investisseurs devant les juridictions internes⁶³. Une évolution semblerait s'imposer en la matière dès lors que les investisseurs canadiens, et les mexicains dans une certaine mesure, ne disposeront plus de l'accès aux tribunaux arbitraux qui justifiait une telle exclusion à propos de l'accord de 1994. Une telle évolution serait souhaitable et logique, tant les chapitres relatifs aux investissements ressemblent aux traités d'amitié, de commerce et de navigation,

⁶² *Infra*.

⁶³ On notera toutefois que les autorités américaines distinguent, subtilement, le caractère *self-executing* (ou applicabilité directe) de l'invocabilité par une personne privée devant le juge interne. Voy. C. M. VÁZQUEZ, « The Four Doctrines of Self-Executing Treaties », *AJIL*, 1995, p. 695 ; voy. aussi l'étude très complète d'E. LAGRANGE, « L'application des accords relatifs à l'investissement dans les ordres juridiques internes », in S. Robert-Cuendet, *Droits des investissements internationaux. Perspectives croisées*, Larcier, 2017, pp. 485-573). Ainsi, à propos du traité bilatéral sur les investissements avec le Rwanda, une commission du Sénat américain a précisé que le TBI avait un caractère *self-executing* (et pouvait donc créer des obligations pour l'Etat sans intermédiation législative) mais ne pouvait être invoqué directement devant une juridiction américaine par une personne privée (voy. Senate Executive Report 111-8, Investment Treaty with Rwanda [Treaty Doc.110-23], 22 décembre 2010).

habituellement considérés par les juridictions américaines non seulement comme revêtant le caractère *self-executing* mais comme pouvant également faire l'objet d'une invocabilité directe par des personnes privées⁶⁴. Or, si jusqu'à présent l'accès privilégié aux tribunaux arbitraux était la principale raison donnée pour écarter le recours aux juridictions nationales⁶⁵, cet argument ne tient plus à propos du nouvel ALENA qui limite considérablement cet accès. A défaut d'instances internationales de règlement des différends, le refus de permettre l'invocabilité directe des dispositions du nouvel ALENA ne serait que le reflet d'une volonté de se passer d'un mécanisme de contrôle, quel qu'il soit, du respect du droit international. Si cette volonté semble en cohérence avec d'autres actes du gouvernement des Etats-Unis d'Amérique, elle apparaît comme plus incongrue pour le Canada que l'on sait pourtant tenu par la réciprocité dans les relations économiques internationales.

B. La limitation de l'accès à l'arbitrage dans les relations Etats-Unis – Mexique

Si l'arbitrage dans les relations économiques entre le Mexique et les Etats-Unis est maintenu, les négociateurs américains et mexicains ont tenu à l'encadrer de manière assez stricte en réservant une place aux juridictions nationales (1) et en limitant les moyens contentieux susceptibles d'être soulevés devant le tribunal arbitral (2).

1. L'esprit de Calvo ou la prévalence des juridictions nationales

La préférence donnée aux juridictions nationales se manifeste par l'inclusion d'une nouvelle clause d'épuisement des voies de recours internes. Par ailleurs, une autre restriction de l'accès au tribunal mérite d'être relevée même si elle est moins remarquable en raison de son caractère systématique dans les accords actuels: elle concerne le délai dans lequel les investisseurs peuvent introduire une procédure arbitrale. Le nouvel ALENA prévoit que les investisseurs disposent d'un délai de quatre ans après la violation alléguée pour demander la saisine d'un tribunal. Toutefois, ce délai de 48 mois se réduit à 18 si l'on tient en compte les 30 mois que peut durer la procédure nationale. 18 mois c'est certes moins que ce prévoit l'actuel ALENA mais l'investisseur n'est pas censé ignorer la violation alléguée pendant les 30 mois au maximum que peuvent durer les procédures internes avant saisine du tribunal arbitral.

⁶⁴ W. S. DODGE, « Investor-state dispute settlement between developed countries : reflections on the Australian-United States Free Trade Agreement », *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2006, vol. 39, num. 1, pp. 29 et ss. Il faut toutefois souligner la « sophistication extrême de la jurisprudence américaine » en la matière qui l'a conduite, en 2008, à articuler deux jurisprudences contradictoires à propos de l'invocabilité directe des traités d'amitié et de commerce (E. LAGRANGE, *op. cit.*, p. 561).

⁶⁵ E. LAGRANGE, *op. cit.*, pp. 507-508.

Mais la principale innovation audacieuse que l'on peut saluer dans l'accord entre les Etats-Unis et le Mexique en matière de recours à l'arbitrage investisseur-Etat est l'exigence d'épuisement des voies de recours internes. Cette exigence n'est pourtant pas absolue mais se trouve enserrée dans des limites raisonnables : les juridictions nationales auront 30 mois pour trancher le litige avant que l'investisseur ne soit autorisé à saisir un tribunal arbitral. Cette disposition vise à faire des juridictions internes le juge de droit commun des investissements, reléguant ainsi les tribunaux arbitraux à une fonction palliative ou subsidiaire. Expressément écartée par la Convention de Washington sur le CIRDI à l'article 26⁶⁶ et souvent jugée incompatible avec l'arbitrage investisseur-Etat⁶⁷, et de ce fait peu courante dans les TBI, elle répond pourtant à certaines des recommandations selon lesquelles un souci de plus grande légitimité imposerait d'associer mode arbitral et mode étatique de règlement des différends⁶⁸. Elle est intimement liée à la nécessité de mettre en place un système fondé sur le principe de subsidiarité tel qu'il peut fonctionner à la Cour européenne des droits de l'homme ou dans d'autres systèmes régionaux⁶⁹. Issue du régime de la protection diplomatique, l'exigence d'épuisement des voies de recours internes dans un délai déterminé apparaît comme un compromis en ce que l'investisseur n'est pas à la merci d'éventuelles mesures dilatoires que les juridictions internes pourraient être tentées d'adopter⁷⁰. Il faut toutefois noter que le délai de 30 mois est supérieur au délai habituel que l'on trouve dans les rares TBI qui comportent la clause⁷¹. De manière plus ambiguë, les dispositions en cause comportent un renvoi à une note de bas de page dans laquelle il est précisé qu'elles ne s'appliquent pas « *to the extent recourse to domestic remedies was obviously futile* »⁷², laissant ainsi la porte ouverte à une interprétation par le tribunal arbitral. La règle de l'épuisement des voies de

⁶⁶ La disposition prévoit que cette clause peut être choisie par un Etat pour limiter son consentement.

⁶⁷ S. SCHWEBEL et G. WETTER, « Arbitration and Exhaustion of Local Remedies », *AJIL* 1960, p. 484 ; SCHWEBEL et G. WETTER, « Arbitration and Exhaustion of Local Remedies Revisited », in *Festschrift for Joseph Gould*, 1989.

⁶⁸ S. PUIG et G. SCHAFFER, *op. cit.*, pp. 44-45 ; W.S. DODGE, « Investor-state dispute settlement between developed countries : reflections on the Australian-United States Free Trade Agreement », *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2006, vol. 39, num. 1, pp. 29 et ss. ; SORNARAJAH, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge University Press, 2010, pp. 219 et ss.

⁶⁹ L'introduction d'un principe de subsidiarité est une des solutions préconisées par S. Puig et G. Schaffer pour remédier à la crise de légitimité du droit des investissements (S. PUIG et G. SCHAFFER, *op. cit.*).

⁷⁰ Notons que prévoir, en guise de mesure de prévention des litiges, l'épuisement des voies de recours internes sans autre précision ou délai, comme le fait le TBI signé entre le Maroc et le Nigeria en 2016 (article 26-5), laisse une discrétion excessive aux juridictions étatiques ou au tribunal arbitral qui aura alors la tâche de déterminer le caractère raisonnable des délais devant la justice interne. Cela contribue à affaiblir considérablement le texte.

⁷¹ Ce délai est souvent de 18 mois mais il est parfois réduit à 6 mois, ce qui a pour effet de vider la clause de sa substance en poussant les juridictions nationales à traiter avec précipitation des affaires qui sont souvent complexes. C'est notamment le cas du TBI conclu entre la Jordanie et la Roumanie conclu le 2 juillet 1992. <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1752>>.

⁷² Note de bas de page 25 renvoyant aux (a) et (b) de l'article 14.D.5.1. Il faut noter qu'une formulation préalable était encore plus restrictive puisqu'elle écartait les recours « ineffective and futile ».

recours internes n'est pas inédite sous cette forme atténuée dans un accord sur la protection des investissements, mais elle est devenue rare⁷³. Elle est, en droit international des investissements, l'exception qui tendrait à confirmer la règle de l'absence d'obligation d'épuisement des voies de recours internes. Ainsi, plusieurs Etats latino-américains, dont l'Argentine, probablement sensible à la doctrine Calvo selon laquelle l'étranger renonce à toute protection autre que celle offerte par les juridictions internes de l'Etat hôte, ont inséré une clause d'épuisement des voies de recours dans un délai donné dans leurs TBI. Cela n'a pas empêché certains tribunaux de passer outre en considérant que ce serait « [a] waste of time and resources » de demander à l'investisseur de respecter l'exigence et le délai avant le déclenchement de la procédure arbitrale⁷⁴ ou que la clause de la nation la plus favorisée permettait de se débarrasser de cette exigence qui ne figure pas dans d'autres TBI⁷⁵. En outre, par sa rédaction et son emplacement dans le nouveau texte⁷⁶, la clause apparaît clairement comme une clause de compétence du tribunal, et non comme un critère, procédural, de recevabilité de la demande dont on peut dispenser l'investisseur, comme cela avait pu être soutenu par plusieurs tribunaux arbitraux⁷⁷. Même si le Mexique ne l'avait pas intégrée dans ses TBI, l'adoption de la règle par cet Etat latino-américain n'est guère surprenante, pour peu que l'on y voie une rémanence de la doctrine Calvo. Son acceptation par les Etats-Unis peut en revanche surprendre davantage mais elle coïncide avec le souhait de ces derniers de limiter le recours à l'arbitrage par tous les moyens, y compris ceux auxquels ils ne sont pas historiquement favorables⁷⁸. On notera toutefois que c'était bien dans deux affaires ALENA contre les Etats-Unis que les arbitres avaient jugé bon d'introduire une exigence d'épuisement des voies de recours internes qui ne dit pas son nom alors même que l'accord était silencieux sur ce point⁷⁹. Il est regrettable que cette clause qui constitue, par une saine articulation entre les juridictions nationales et l'arbitrage international, une réponse équilibrée aux

⁷³ M. D. BRAUN, « Exhaustion of Local Remedies in International Investment Law », *Best Institute for Investment and Sustainable Development Best Practices Series*, janvier 2017, p.

⁷⁴ *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. c. la République argentine*, CIRDI No. A_R_B / 0_9 / 1, Décision du 21 Décembre 2012 (compétence), §§ 135-136.

⁷⁵ *Emilio Agustin Maffezini c. The Kingdom of Spain*, CIRDI N_o . . . A_R_B / 9_7 / 7, décision du 25 juin 2000 (objections à la compétence).

⁷⁶ Elle figure dans l'article consacré aux « Conditions and Limitations on Consent » dont découle la compétence du tribunal d'arbitrage.

⁷⁷ *Abacat and Others (Case formerly known as Giovanna a Beccara and Others) c. République argentine*, CIRDI No. ARB/07/5, 4 août 2011, décision sur la compétence et la recevabilité, § 247 ; *Hochtief AG c. République argentine*, CIRDI No. ARB/07/31, 24 octobre 2011, décision sur la compétence, § 96 ; *Teinver S. A., transportes de cercanías S.A. et Autobuses urbanos del Sur S.A. c. République argentine*, CIRDI No. ARB/09/1, 21 décembre 2012, décision sur la compétence, §§ 135-136.

⁷⁸ On peut considérer la position de Stephen Schwebel, exprimée dans plusieurs de ses écrits, comme reflétant le point de vue du gouvernement américain au service duquel il a travaillé pendant de longues années (*op. cit.*).

⁷⁹ *Loewen Group, Inc c. Etats-Unis*, CIRDI, No. ARB[AF]/98/3, sentence du 25 Juin 2003, §§ 207-17 ; *Apotex c. Etats-Unis*, sentence du 14 Juin 2013 (recevabilité et compétence), §§ 79-99.

multiples critiques adressées au système actuel, n'apparaisse sous aucune forme dans l'accord euro-canadien malgré les appels de certains membres de la doctrine et même du Parlement européen⁸⁰. En cela, et malgré le raisonnement alambiqué de la Cour de justice de l'Union européenne qui porte sur les autres aspects, essentiellement substantiels, de la protection⁸¹, il est indéniable que le nouvel ALENA apparaît beaucoup plus soucieux de protéger le pouvoir réglementaire de l'Etat que ne semble l'être le CETA.

Toutefois, alors qu'elle apparaît comme la règle de principe, il est à souligner que cette exigence procédurale ne s'applique pas dans les domaines qui bénéficient dans le nouvel ALENA d'un régime spécial, à savoir dans les cas où il existe un contrat avec une autorité gouvernementale dans les secteurs limitativement énumérés à l'annexe 14-E de l'accord.

2. La limitation de l'ouverture des moyens contentieux selon le secteur concerné

Alors que le nouvel ALENA est à géométrie variable en tant qu'il s'appliquera de manière distincte aux trois Etats nord-américains, il est aussi marqué par une différenciation dans les régimes contentieux des rapports entre les Etats-Unis et le Mexique pour lesquels l'arbitrage investisseur-Etat est prévu. Il ne s'agit pourtant pas de limiter les litiges qui peuvent être soumis au tribunal, mais uniquement les moyens qui peuvent être invoqués selon le type de litige concerné. En effet, les contours de la compétence matérielle des tribunaux ne changent pas fondamentalement par rapport à l'actuel ALENA, même si la notion d'investissement est précisée et quelque peu circonscrite⁸². Autrement dit, tout litige portant sur un investissement correspondant à la définition établie par l'accord pourra être soumis à un tribunal arbitral⁸³. En revanche, la nature exacte du litige déterminera les moyens que l'investisseur pourra soulever. Le

⁸⁰ M. PORTERFIELD, « Exhaustion of Local Remedies in Investor-State Dispute Settlement : an Idea whose time has Come ? », *Yale Journal of International Law Online*, 2015 ; Parlement européen, « Résolution sur la future politique européenne sur les investissements internationaux », 6 avril 2011 ; textes adoptés de cette date, P7_TA(2011)0141, § 31.

⁸¹ L'une des questions auxquelles devait répondre la Cour dans l'avis 1/17 rendu le 31 avril 2019 pour déterminer si le mécanisme de règlement des différends prévu par le CETA préserve suffisamment l'autonomie du droit européen concernait précisément la sauvegarde du pouvoir de réglementation souveraine des parties. Voy. C. MAUBERNARD, « L'avis 1/17 ou les contours de l'autonomie procédurale et substantielle de l'ordre juridique de l'Union », *Rev. UE*, 2019, p. 573.

⁸² Le bien doit remplir les « caractéristiques d'un investissement » dont l'esprit découle notamment de la sentence *Salini*. Ainsi, en plus d'une liste non exhaustive des différents types d'investissement, le texte précise qu'il s'agit de « 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 ». Le texte ne reprend pas toutefois tous les critères du « Salini test » (CIRDI, *Salini Costruttori SpA c. Maroc*, No. ARB/00/4, décision sur la compétence du 23 juillet 2001, § 52.

⁸³ Article 14.1 : « 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. An investment may include:... ».

régime procédural général contenu à l'Annexe 14-D ne contient que trois moyens, à savoir ceux relatifs au traitement national, à la clause de la nation la plus favorisée et à l'expropriation directe. Cette restriction des moyens contentieux est assez inédite puisqu'elle conduit à une nouvelle dissociation entre la protection substantielle et la protection procédurale offertes aux investisseurs étrangers. Toutes les règles substantielles de protection des investisseurs ne donnent pas lieu à une protection procédurale visant à les faire respecter. Le régime dérogatoire plus favorable contenu à la partie E de l'Annexe 14 couvre en revanche la violation de « toute obligation » du chapitre relatif aux investissements. Il y aurait alors une protection simple, ou minimale, offerte à tous les investisseurs, et une protection renforcée, ou maximale, offerte à certains investisseurs uniquement. On pourrait aussi distinguer entre des investisseurs ordinaires et des investisseurs privilégiés. Cela permet ainsi à l'investisseur privilégié d'invoquer devant le tribunal arbitral, outre les trois règles constituant le régime général, également l'interdiction de l'expropriation indirecte, le droit au traitement juste et équitable, mais aussi les exigences relatives à la performance et à la liberté de transfert. Cette distinction entre deux types de litiges auxquels ne sont pas attachés les mêmes moyens contentieux est complexe : l'investisseur doit savoir qu'il est protégé au niveau international par toutes les règles de protection substantielle, mais qu'il ne peut exiger le respect devant un tribunal international que de certaines d'entre elles. Rien ne l'empêche, en revanche, dans le cadre du régime général, de faire valoir la violation de ces règles devant les juridictions nationales dans le cas des investisseurs américains au Mexique ou, auprès de son Etat de nationalité, qui pourrait alors décider d'entamer une procédure interétatique.

Deux moyens, jugés comme potentiellement attentatoires à la souveraineté étatique, étaient particulièrement visés par la restriction des moyens disponibles : l'allégation de violation de la règle du traitement juste et équitable et celle relative à l'expropriation indirecte. Ces moyens ne seront recevables qu'en présence d'un contrat conclu entre l'investisseur étranger et le gouvernement hôte ou une de ses émanations dans un des secteurs précisément déterminés par l'accord. Ces secteurs sont au nombre de cinq et semblent correspondre à des domaines susceptibles de faire l'objet de contrats de délégation de service public : diverses activités liées au gaz et au pétrole, à la fourniture de services d'électricité, aux transports publics, à la fourniture de services de télécommunication et à certaines infrastructures de transport. Parmi ces dernières, il faut noter que ne sont désignés que les investissements dans les routes, chemins de fer, ponts et canaux. Se trouvent donc exclues de la protection renforcée les infrastructures plus sensibles que sont les ports, aéroports et barrages qui relèvent du régime général moins protecteur pour l'investisseur étranger et plus favorable à la sauvegarde de la souveraineté étatique. Le choix de ces domaines est évident pour certains, et notamment pour

le pétrole et le gaz, mais pas nécessairement pour d'autres. Pour les secteurs du gaz et du pétrole, il faut rappeler que le Mexique a, par une importante révision constitutionnelle adoptée le 20 décembre 2013, rendu possible l'exploitation de ces ressources par des entreprises étrangères⁸⁴. Cela a permis à neuf entreprises américaines de conclure treize contrats de délégation avec le gouvernement mexicain⁸⁵. C'est vraisemblablement pour ces entreprises-là intervenant dans un secteur stratégique fortement réglementé que cette protection dérogatoire au régime général est mise en place, le Mexique étant le troisième fournisseur de pétrole des États-Unis. Les États-Unis considèrent en tout cas qu'il s'agit de protéger les investissements américains « *in heavily regulated industries whose investments may be affected by the presence of state-owned enterprises in the sector* »⁸⁶. Quant aux autres « *covered sectors* », la pratique visée n'est pas aisée à identifier étant donné que le nouveau texte exige qu'il y ait un « *written agreement* » entre une « *national authority* » d'une partie contractante et un investisseur ou un investissement d'une autre partie. Ces deux précisions limitent de manière drastique le bénéfice de cette protection totale. Une note de bas de page explique, pour plus de clarté, que « *a unilateral act of an administrative or judicial authority, such as a permit, license, certificate, approval, or similar instrument issued by an Annex Party in its regulatory capacity, or a subsidy or grant, or a decree, order or judgment, standing alone; and (b) an administrative or judicial consent decree or order, shall not be considered a written agreement* »⁸⁷. Autrement dit, les auteurs de l'accord limitent les « *government covered agreements* » aux seuls contrats de concession ou équivalent contractuel, excluant ainsi tout procédé unilatéral par lequel seraient autorisés des investissements. En outre, il ne peut s'agir que de contrats conclus avec le gouvernement central comme l'établit la définition de « *national authority* » même si celle-ci s'étend également à toute entité ou entreprise à laquelle est déléguée une « *governmental authority* ». Si ces restrictions permettent de couvrir sans aucune discussion l'Autorité mexicaine des hydrocarbures, l'autorité administrative mexicaine avec laquelle les investisseurs étrangers signent leur contrat de concession, se trouvent en revanche exclus les « *federal permits* » qui sont la voie par laquelle les États-Unis encadrent le secteur du gaz et du pétrole. En outre, seront également en dehors du champ des « *covered government contracts* » toutes les relations contractuelles que les investisseurs pourraient avoir avec les États fédérés ou avec les autorités régionales ou locales de l'autre partie contractante. Or, en

⁸⁴ C. R. SELKE, M. RATNER, M. A. VILLAREAL & PH. BROWN, « Mexico's Oil and Gas Sector: Background, Reform Efforts, and Implications for the United States », *Congressional Research Service*, September 28, 2015, <https://fas.org/sgp/crs/row/R43313.pdf>.

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ Congressional Research Service, « NAFTA Renegotiation and the Proposed United States-Mexico-Canada Agreement (USMCA) », 26 février 2019. <<https://fas.org/sgp/crs/row/R44981.pdf>>

⁸⁷ Note de bas de page 34. Nous soulignons.

dehors du secteur du gaz et du pétrole, les gouvernements fédéraux américain et mexicain ne semblent pas procéder par concessions mais bien plutôt par licences et autorisations dans les quatre autres domaines⁸⁸. En outre, même si les secteurs de l'électricité et des transports publics donnent lieu dans les deux Etats à des contrats de concession, ceux-ci sont généralement conclus par des entités sous-fédérales et non par le gouvernement central, ce qui a pour effet de les exclure *de facto* de la protection renforcée. La logique de cette limitation aux seuls contrats conclus par les autorités centrales est que seules celles-ci sont véritablement en mesure d'apprécier la portée de leurs actes au regard d'un accord de protection des investissements. Cela évite de fragiliser l'action de petites – ou grandes – collectivités territoriales qui ne sont pas nécessairement armées pour faire face à des investisseurs internationaux s'agissant de normes aussi protectrices que le traitement juste et équitable ou la règle relative à l'expropriation indirecte.

Cette limitation fait écho à la portée de la sentence historique *AAPL c. Sri Lanka* dans laquelle il avait été décidé pour la première fois que l'investisseur pouvait saisir, unilatéralement⁸⁹, un tribunal arbitral sur le seul fondement du traité bilatéral de protection des investissements. On se souvient que la situation factuelle à laquelle était confronté le tribunal était précisément celle d'une absence de lien contractuel entre l'investisseur étranger et les autorités sri lankaises. Cette limitation, qui vient exiger l'existence d'un lien contractuel entre l'autorité publique centrale et l'investisseur privé aux fins d'application des deux clauses les plus efficaces – du point de vue des investisseurs –, peut alors être analysée comme remettant en cause, si ce n'est la solution même, du moins l'esprit de la sentence *AAPL*. La pleine protection contentieuse de l'investisseur est en effet soumise à l'existence d'un lien contractuel entre l'Etat et l'investisseur. Il est à noter en revanche qu'il ne s'agit pas de soumettre l'invocabilité des moyens en question à une clause compromissoire insérée dans le contrat. Autrement dit, l'investisseur n'a pas à négocier avec l'Etat d'accueil la compétence des tribunaux arbitraux; il tire le bénéfice de l'arbitrage et de la pleine protection de l'accord de protection des investissements et non du contrat.

S'agissant de tous les autres cas qui ne se trouvent pas couverts par l'annexe 14-E faisant figure d'exception, le régime général s'appliquera : l'investisseur ne pourra invoquer que certaines des règles substantielles contenues dans l'accord. On peut conclure sans peine, après un bref examen de la nature des investissements qui ont donné lieu à des contentieux arbitraux entre le Mexique

⁸⁸ Voy. l'état des lieux provisoire dressé par Public Citizen Global Trade Watch, « NAFTA 2.0 and Investor-State Dispute Settlement (ISDS) ». <https://www.citizen.org/wp-content/uploads/nafta-2.0-and-isds-analysis.pdf>

⁸⁹ Sur l'unilatéralité, voir l'analyse toujours pertinente de W. Ben Hamida (W. BEN HAMIDA, *L'arbitrage international unilatéral – Réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique*, thèse Paris II, 2003, p. 590).

et les Etats-Unis, que la plupart ne pourront pas bénéficier de la protection procédurale, c'est-à-dire de l'accès à l'arbitrage transnational, s'agissant des règles relatives au traitement juste et équitable et à l'expropriation. Ils pourront en revanche bénéficier d'une protection substantielle qui se trouve elle-même fortement encadrée.

II. LES RESTRICTIONS APPORTÉES À LA PROTECTION SUBSTANTIELLE DES INVESTISSEURS

Bien que par des moyens très différents, le nouvel ALENA, comme le CETA, vise à éviter les dérives de la pratique arbitrale relative à certaines des règles de protection substantielle des investisseurs. Les limitations à la protection substantielle se manifestent aussi bien dans les nouvelles formulations aussi bien des règles de protection par renvoi (A) que des règles de protection indépendantes (B).

A. Les limitations apportées aux règles de protection indirectes

Les règles de protection indirectes des investisseurs sont également connues sous le nom de règles de protection par renvoi⁹⁰. Elles concernent l'exigence générale de traitement non moins favorable qui est transversale en droit international économique et que l'on retrouve, en des termes équivalents, aussi bien dans les accords relatifs aux investissements que dans tous les accords de commerce⁹¹. Cette exigence est parmi les règles substantielles de protection des investisseurs celle dont on pourrait penser qu'elle est la moins susceptible d'extension interprétative en ce qu'il s'agit de prouver une différence de traitement entre deux ou plusieurs investisseurs. La tangibilité des normes qu'elle renferme fait que celles-ci suscitent généralement moins de controverse. Il est d'ailleurs constaté qu'il est plus « facile » - politiquement parlant – pour un organe de jugement de constater un traitement discriminatoire qu'un traitement qui serait plus restrictif que nécessaire pour protéger certains objectifs sans aucune discrimination⁹². Néanmoins, la plus grande tangibilité de la norme, au regard notamment de l'insaisissabilité d'une exigence de traitement juste et équitable ou de nécessité raisonnable, ne signifie pas que l'interprète ne dispose d'aucune marge d'interprétation. Et c'est précisément dans cette marge, aussi réduite soit-elle, que les divergences, les contradictions et les interprétations excessives se nichent. Or, s'agissant aussi bien de traitement national que de traitement de la nation la plus favorisée, une certaine marge d'appréciation est laissée à l'interprète lorsqu'il s'agit de déterminer si deux ou plusieurs

⁹⁰ A. DE NANTEUIL, *Droit international de l'investissement*, Paris, Pedone, 2017, p. 287.

⁹¹ Cette exigence est au cœur du système commercial multilatéral de l'OMC.

⁹² S. EL BOUDOUHI, A. HERVÉ et S. ROBERT-CUENDET, « Chronique du règlement des différends à l'OMC », *AFDI*, 2012, p. 603.

investisseurs se trouvent dans des situations comparables. C'est pourquoi le nouvel ALENA précise la définition de « circonstances comparables » en indiquant que l'appréciation doit prendre en compte « *whether the relevant treatment distinguishes between investors or investments on the basis of legitimate public welfare objectives* »⁹³. Autrement dit, la prise en compte de l'intérêt général est intégrée dans les règles mêmes de traitement non moins favorable, en l'absence d'exceptions prévues à la règle du traitement non différent. Initiée par la jurisprudence arbitrale⁹⁴, cette intégration par la voie conventionnelle de l'intérêt général dans les règles mêmes de protection répond à des critiques multiples et durables, dont notamment celles de la commission sur l'environnement du Congrès des États-Unis à l'égard de certains accords de libre-échange ou de protection des investissements⁹⁵. A titre de comparaison, cette restriction ne figure nulle part dans l'accord euro-canadien, alors qu'une précision semblable avait déjà été apportée dans le TBI entre le Maroc et le Nigéria qui par bien des aspects s'efforce de rééquilibrer le système en faveur de l'Etat hôte⁹⁶.

Une autre limite apportée à l'exigence du traitement non moins favorable concerne le champ matériel de la protection apportée. Alors que les autres règles de protection substantielle recouvrent toutes les différentes phases de l'investissement, les droits au traitement national et au traitement de la nation la plus favorisée ne sont pas invocables devant un tribunal arbitral pour les phases d'établissement et d'acquisition de l'investissement⁹⁷. Autrement dit, si, par exemple, les Etats-Unis décident de ne pas autoriser l'exploitation par un investisseur mexicain auquel ils préfèrent des acteurs nationaux ou d'autres investisseurs étrangers, l'investisseur mexicain ne pourra pas faire valoir le traitement national ou le traitement de la nation la plus favorisée. Il lui sera en revanche toujours possible d'invoquer ces normes substantielles devant un tribunal interétatique ou devant un juge national le cas échéant puisque c'est l'invocabilité devant le tribunal arbitral et non l'applicabilité générale de la

⁹³ Articles 14.4 (4) et 14.5 (4)

⁹⁴ *S.D. Myers Inc. v. Canada*, 13 novembre 2000, sentence intérimaire (CNUCED), § 250, et *Pope & Talbot Inc. c. Canada*, sentence intérimaire du 26 juin 2000, § 78. Voy. S. EL BOUDOUHI, « La protection de l'intérêt général et les règles substantielles de protection des investissements », *AFDI*, 2005, p. 553.

⁹⁵ Voy. notamment texte du 6 janvier 2006 et rapport de la commission sont consultables sur le site [http://www.ustr.gov/Trade_Agreements/Bilateral/Peru_TPA/Reports/Section_Index.html] (21/04/2006). La même formulation est reprise dans les autres rapports de la même commission qui sont accessibles sur ce site.

⁹⁶ TBI Maroc-Nigeria, 2016 (non encore entré en vigueur), art. 6.3. La disposition ne fait cependant pas de référence directe aux « *legitimate public welfare objectives* ».

⁹⁷ Article 14.D.3 (a), (i.), (A) : « *the claimant, on its own behalf, may submit to arbitration under this Annex a claim: (i) that the respondent has breached: (A) Article 14.4 (National Treatment) or Article 14.5 (Most-Favored-Nation Treatment), except with respect to the establishment or acquisition of an investment...* ». Nous soulignons.

norme qui est écartée⁹⁸. L'invocabilité de l'accord devant le juge américain étant très improbable, la question de l'admission des investissements internationaux, comme les autres aspects soustraits à l'arbitrage international, relèvera en pratique exclusivement du droit américain qu'une loi adoptée en 2018 oriente vers une plus grande discrétion des autorités étatiques en matière d'investissements étrangers⁹⁹. Il n'en sera en revanche pas de même pour le Mexique qui reconnaît habituellement l'applicabilité et l'invocabilité des traités internationaux devant ses juges internes¹⁰⁰.

Outre ces limitations au traitement non moins favorable de manière générale, l'exigence du traitement de la nation la plus favorisée fait l'objet d'un encadrement spécifique eu égard aux craintes et aux excès qu'elle a pu susciter. En effet, outre son élasticité relative à travers la notion de « circonstances analogues », son utilisation pour importer dans un accord les dispositions d'un autre accord a pu être vivement critiquée. C'est pourquoi, sa portée est précisée par une importante note de bas de page :

« the [Most Favored-Nation Treatment] excludes provisions in other international trade or investment agreements that establish international dispute resolution procedures or impose substantive obligations ; ...[it] only encompasses measures adopted or maintained by the other Annex Party, which for greater clarity may include measures adopted in connection with the implementation of substantive obligations in other international trade or investment agreements »¹⁰¹.

On peut dès lors affirmer que la clause devient une clause de l'investisseur le plus favorisé et non de la nation la plus favorisée : il ne s'agit pas d'importer « de toute pièce » une disposition, substantielle ou procédurale, figurant dans un accord que l'Etat hôte aurait conclu avec un Etat tiers si par exemple cette clause n'a pas résulté en des mesures qui sont plus favorables vis-à-vis des investisseurs de l'Etat tiers. On pense notamment ici à l'affaire *Maffezini* dans laquelle, face à une clause d'épuisement des voies de recours internes assortie d'un délai de 18 mois, le tribunal arbitral avait « importé » « le silence » d'un traité entre l'Etat hôte et un Etat tiers qui ne soumettait pas la saisine du tribunal arbitral à une telle clause¹⁰².

⁹⁸ La restriction figure dans la rubrique consacrée à l'arbitrage investisseur-Etat, et non dans la partie consacrée aux règles substantielles qui elle ne fait pas de différence entre les phases de pré- ou post-établissement (article 15.4 (3) : « Each Party shall accord to covered investments treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to investments in its territory of its own investors with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments ».

⁹⁹ *Better Utilization of Investments Leading to Development Act*, 115 S. 2463 (2018).

¹⁰⁰ *Supra* sur l'invocabilité devant les juges internes.

¹⁰¹ Du chapitre 14 relatif à l'investissement du nouvel accord.

¹⁰² *Emilio Agustín Maffezini c. Royaume d'Espagne*, CIRDI, ARB/97/7, Décision sur la compétence, 25 Janvier 2000, §§ 54-55.

B. Les limitations apportées aux règles de protection directe

Les principales règles de protection directe, ou règles de « protection définie dans l'absolu »¹⁰³, sont l'exigence de traitement juste et équitable et l'interdiction de l'expropriation. Les autres règles de protection autonomes telles que la liberté de transfert ou les exigences relatives à la performance ne connaissent pas dans le nouveau texte de modification notable quant à leur champ d'application. Dès lors que les tribunaux arbitraux ne seront compétents *ratione materiae* pour connaître de la violation de ces règles qu'en présence d'un contrat avec une « autorité centrale » dans les cinq secteurs identifiés, l'enjeu de délimitation pourrait sembler moins important que pour les normes par renvoi. Néanmoins, non seulement ces normes pourraient être invoquées devant un tribunal arbitral investisseur-Etat au titre du régime dérogatoire, mais l'investisseur pourrait toujours s'en prévaloir dans ses négociations avec les autorités de l'Etat hôte dans le cadre du régime général, que cela débouche ou non sur une affaire interétatique, ou éventuellement face à une juridiction interne. Cette invocabilité devrait d'ailleurs s'imposer dans le futur dès lors que l'accès aux tribunaux arbitraux est limité. Il convient de s'interroger sur l'utilité du réajustement du contenu de normes substantielles qui ne pourront que rarement être invoquées devant un tribunal arbitral en raison de la limitation des moyens contentieux ouverts pour la plupart des types d'investissements¹⁰⁴. En effet, si l'on part du principe, comme certains actes du gouvernement américain pourraient laisser le craindre, que le respect des obligations internationales pourrait ne jamais être contrôlé, pourquoi alors préciser et limiter la portée des dispositions substantielles alors que les interprétations jugées excessives ont été presque exclusivement le fait des tribunaux arbitraux ? On sait pourtant que ces dispositions pourront être invoquées devant les juridictions mexicaines en raison de l'option moniste et de la pratique suivie par cet Etat jusqu'à présent¹⁰⁵. Ces restrictions pourraient alors bénéficier uniquement à cet Etat-là face aux investisseurs américains. Cela contribuerait certainement à rétablir l'équilibre tant recherché entre l'investisseur et l'Etat hôte. En outre, au-delà du cas d'espèce, le nouvel ALENA pourrait se poser en modèle d'une nouvelle génération d'accord de protection des investissements, du moins pour certaines de ses dispositions. Au-delà des effets potentiellement limités de cette redéfinition, il faut alors voir dans cette restriction de la protection substantielle une tendance plus générale que l'on pourrait retrouver dans d'autres accords.

La première limitation consiste à préciser la définition de certains concepts. Le premier, et probablement le plus controversé, est celui de « traitement juste et équitable ». L'ACEUM, comme le texte de l'actuel ALENA, intègre l'exigence

¹⁰³ A. DE NANTEUIL, *Droit international de l'investissement*, Paris, Pedone, 2017, p. 313.

¹⁰⁴ Voy. *supra*.

¹⁰⁵ Voy. *supra*.

de traitement juste et équitable, comme le droit à une protection et à une sécurité intégrales, au principe coutumier de traitement minimum. Si le texte ne limite pas le standard minimum de protection au traitement juste et équitable et aux pleines protection et sécurité, il précise toutefois que le traitement juste et équitable ne contient rien d'autre que ce qui est couvert par la norme coutumière. Avec une référence redondante à la nature coutumière de la norme visée – on n'est jamais assez prudents face à la créativité des tribunaux arbitraux ! –, il s'agit pour les Etats de mettre fin à un très vif débat sur l'étendue de l'exigence de traitement juste et équitable. En effet, outre la référence à la coutume dans le corps du texte, l'annexe 14-A, la première de celles jointes à ce chapitre applicable aux trois parties, est consacrée au « droit international coutumier » et consiste à indiquer comment celui-ci doit être déterminé aux fins d'application du standard de traitement juste et équitable¹⁰⁶. Cette précision vient conforter une interprétation adoptée par la Commission de l'ALENA (*Free Trade Commission*) dès le 31 juillet 2001. En outre, l'ACEUM établi, à l'instar du CETA¹⁰⁷, une liste limitative des comportements susceptibles de constituer une violation du traitement juste et équitable. On notera l'absence dans cette liste de l'obligation de respecter les attentes légitimes à laquelle est en revanche consacré un paragraphe spécifique visant à en limiter la portée. Ainsi, l'article 14.6. (4) consacré au standard minimum de traitement précise que « *the mere fact that a Party takes or fails to take an action that may be inconsistent with an investor's expectations does not constitute a breach of this Article, even if there is loss or damage to the covered investment as a result* ». Cette formule a un équivalent dans l'accord UE-Canada à l'article 8.9 « Investissement et mesures réglementaires » selon lequel contrarier « les attentes d'un investisseur » ne suffit pas à constituer une violation des différentes obligations visées, dont celle relative au traitement juste et équitable¹⁰⁸. Néanmoins, contrairement au nouvel ALENA qui est assez clair, les références multiples aux « attentes » de l'investisseur au sein de différentes dispositions du chapitre 8 du CETA ne sont pas de nature à en simplifier la compréhension. En effet, l'article 8.10 se réfère spécifiquement à « l'attente légitime » de l'investisseur qu'il formule positivement, consacrant ainsi un droit au respect des attentes légitimes¹⁰⁹ :

¹⁰⁶ « *The Parties confirm their shared understanding that "customary international law" generally and as specifically referenced in Article 14.6 (Minimum Standard of Treatment) results from a general and consistent practice of States that they follow from a sense of legal obligation. The customary international law minimum standard of treatment of aliens refers to all customary international law principles that protect the investments of aliens* ».

¹⁰⁷ Cf. article 8.10.

¹⁰⁸ « 2. Il est entendu que le simple fait qu'une Partie exerce son droit de réglementer, notamment par la modification de sa législation, d'une manière qui a des effets défavorables sur un investissement ou qui interfère avec les attentes d'un investisseur, y compris ses attentes de profit, ne constitue pas une violation d'une obligation prévue dans la présente section ».

¹⁰⁹ En outre, le CETA laisse la porte ouverte à ce que d'autres éléments soient intégrés dans l'exigence de traitement juste et équitable sur décision du Comité mixte après recommandation du Comité spécial sur les services et l'investissement.

« le Tribunal *peut tenir compte* du fait qu'une Partie a fait ou non des déclarations spécifiques à un investisseur en vue d'encourager un investissement visé, lesquelles ont créé une attente légitime et motivé la décision de l'investisseur d'effectuer ou de maintenir l'investissement visé, mais auxquelles la Partie n'a pas donné suite »¹¹⁰. En se référant aux « déclarations spécifiques », le CETA pourrait apparaître plus restrictif que la pratique jurisprudentielle actuelle¹¹¹. Néanmoins, il s'agit d'une simple « possibilité » et non d'une exigence pour le tribunal qui peut ne pas tenir compte des déclarations spécifiques. En ce sens, cette disposition est plus précise mais elle n'est pas nécessairement plus restrictive que celle du nouvel ALENA. On notera de manière générale sur la question des attentes légitimes et du pouvoir réglementaire de l'Etat une approche sensiblement différente entre le CETA et le nouvel ALENA avec néanmoins un résultat potentiellement équivalent : souhaitant se poser en modèle « politiquement correct » de la protection des investissements, le premier ouvre le chapitre sur l'investissement par la réaffirmation du « droit [des Parties] de réglementer sur leurs territoires en vue de réaliser des objectifs légitimes en matière de politique... ». Il s'agit de mettre en avant le pouvoir réglementaire des Etats, alors même que cette affirmation n'a qu'une portée limitée puisqu'elle n'a de conséquence concrète que pour le traitement juste et équitable comme le montre le paragraphe suivant consacré à « l'attente de l'investisseur » et à son articulation avec le pouvoir de réglementer. On soulignera toutefois que la formule choisie ne vise pas les « mesures autrement compatibles » avec le chapitre sur la protection des investissements, ce qui permet qu'une mesure, autrement contraire aux exigences du traitement juste et équitable, soit néanmoins justifiée au regard des exigences d'exercice du pouvoir réglementaire. En revanche, alors même qu'il procède à la même restriction de la norme du traitement juste et équitable, le nouvel ALENA apparaît comme moins progressiste quant à la tonalité générale de la protection des investisseurs en optant pour une clause classique de « *Investment and Environmental, Health, Safety, and other Regulatory Objectives* » insérée à la fin du chapitre, avant la disposition, finale et tout aussi incantatoire, sur la « responsabilité sociale des entreprises ». En effet, désormais classique¹¹², la clause sur les objectifs légitimes n'a qu'une efficacité limitée dès lors qu'elle vise les mesures de l'Etat « *otherwise consistent* » avec le chapitre sur l'investissement.

¹¹⁰ Nous soulignons.

¹¹¹ J. OSTRANSKY, « An Exercise in Equivocation : a Critique of Legitimate Expectations as a General Principle of Law Under the Fair and Equitable Treatment Standard », in A. GATTINI, A. TANZI et F. FONTANELLI (dir.), *General Principles of Law and International Investment Arbitration* ; Pour une synthèse moins critique, voy. A. DE NANTEUIL, « La protection des attentes légitimes en droit international des investissements », in S. ROBERT-CUENDET (dir.), *La protection des attentes légitimes en droits international, européens et interne*, à paraître aux éditions Presses universitaires de Rennes.

¹¹² Elle figure par exemple dans le modèle américain de traité bilatéral de protection des investissements de 2012.

L'exigence de traitement juste et équitable aurait pourtant pu être encore plus encadrée et limitée, aussi bien dans le nouvel ALENA que dans le CETA, montrant par là que le bouleversement du régime est limité. En effet, ces deux accords ne contiennent pas de « *no greater rights to foreign investors clause* » sur laquelle les Etats-Unis avaient insisté dans l'accord de libre-échange avec la Corée par exemple¹¹³. Cela signifie que dans les secteurs strictement identifiés, et particulièrement dans le secteur sensible du gaz et du pétrole, l'investisseur étranger bénéficiera d'une protection maximale qui ne pourra certes pas couvrir tout type d'attentes légitimes mais qui pourra être supérieure à la protection de l'investisseur national. Il y a là certainement une survivance du régime ancien dans un secteur économique jugé sensible d'un point de vue politique et stratégique. On peut également y voir un retour en force de la notion de contrats d'Etat que l'arbitrage investisseur-Etat uniquement fondé sur les TBI avait fait passer au second plan¹¹⁴. Il convient d'ailleurs de rappeler que les prémices du droit international des investissements sont à chercher précisément du côté des premiers contrats d'Etat en matière pétrolière¹¹⁵. Cette émergence historique de la protection juridique internationale de l'investisseur étranger était légitime et justifiée dans un secteur où la présence étatique est très forte. Ce qui l'est peut-être moins, en revanche, c'est l'extension du régime, à travers l'apparition du droit international des investissements actuel, à tous les secteurs de l'économie, même lorsqu'ils ne présentent aucune sensibilité politique ou stratégique. Dès lors, le maintien d'un noyau dur de protection pour certains investissements sensibles ne déséquilibre pas le système. On semble au contraire revenir à l'équilibre originel visé à travers l'apparition du droit des investissements à ses débuts¹¹⁶.

Quant à l'autre norme de protection substantielle que l'on a pu juger trop favorable aux investisseurs, à savoir l'interdiction de l'expropriation sans une compensation adéquate, seule sa forme indirecte appelait à un meilleur encadrement. L'expropriation, directe et indirecte, est soumise dans le nouveau texte aux traditionnelles conditions d'utilité publique, de compensation prompte et

¹¹³ "foreign investors are not hereby accorded greater substantive rights with respect to investment protections than domestic investors under domestic law where, as in the United States, protections of investor rights under domestic law equal or exceed those set forth in this Agreement."

¹¹⁴ Il faut pourtant bien souligner que le fondement de l'arbitrage investisseur-Etat dans le nouvel ALENA n'est pas le contrat conclu avec le gouvernement étranger mais bien l'accord entre le Mexique et les Etats-Unis (*supra*). Il n'en reste pas moins que l'existence d'un contrat devient un critère pour déterminer le niveau de protection auquel l'investisseur aura droit.

¹¹⁵ Ch. LEBEN, « Droit international des investissements : un survol historique », in Ch. LEBEN (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Pedone, 2015, p. 6 ; Ch. LEBEN, « La théorie du contrat d'Etat et l'évolution du droit international des investissements », *RCADI*, 2003, pp. 223 et ss.

¹¹⁶ Rappelons que l'apparition d'un régime international de protection des investisseurs étrangers visait à l'origine à assurer une protection équitable à l'investisseur étranger qui aurait autrement été à la merci de l'Etat hôte, souverain sur son territoire. C'est ainsi le sens des premières sentences arbitrales rendues sur le fondement d'un contrat d'Etat et reconnaissant que le droit applicable pour la protection de l'investisseur devait être le droit international (*Ibid*, notamment pp. 221-222). Voy. aussi P. MAYER, « La neutralisation du pouvoir normatif des Etats », *JDI*, 1986, p. 578.

adéquate, de non-discrimination et de conformité avec l'application régulière de la loi (*due process of law*). Mais l'expropriation indirecte fait quant à elle l'objet d'une annexe 14-B applicable à toutes les parties à l'accord et invocable aussi bien dans le cadre des rares recours ouverts aux investisseurs pour manquement à cette règle, que dans celui d'éventuels contentieux interétatiques entre les trois Etats ou de probables contentieux devant les juridictions internes des trois Etats, dans la limite de la reconnaissance de l'invocabilité directe du nouvel ALENA devant les juridictions nationales¹¹⁷. Outre la restriction consistant à écarter ce moyen des principaux recours investisseur-Etat, la règle relative à l'expropriation indirecte fait également l'objet d'un resserrement que l'on trouvait déjà dans les accords de libre-échange conclus par les Etats-Unis¹¹⁸. Cela consiste tout d'abord et principalement à inscrire dans le traité que le critère de l'expropriation indirecte ne doit pas être uniquement l'impact économique de la mesure étatique attaquée mais aussi « *the character of the government action, including its object, context and intent* ». Le nouvel ALENA ajoute à la formule précédemment adoptée par le gouvernement américain la précision « *including its object, context and intent* » qui ne laisse pas de doute sur la volonté restrictive des rédacteurs. Cela confirme, encore une fois¹¹⁹, le rejet de la théorie de l'effet unique suscité par les sentences très contestées rendues dans les affaires *Metalclad c. Mexique*¹²⁰ et *Pope & Talbot c. Canada*¹²¹. Cette précision ne revêt dès lors pas d'originalité. On trouve même une annexe équivalente dans le CETA. On notera en revanche que la protection des attentes légitimes semble être rattachée davantage à la règle relative à l'expropriation indirecte qu'à l'exigence de traitement juste et équitable dans le nouvel accord nord-américain: « *the extent to which the government action interferes with distinct, reasonable investment-backed expectations* » est un indice, parmi d'autres, pouvant servir à qualifier une mesure d'expropriation indirecte. Ce critère est précisé par une note de bas de page, à visée restrictive, selon laquelle des « *written assurances* » sont un critère de détermination du caractère raisonnable de l'attente. Il semblerait dès lors que seul l'engagement pris formellement par l'Etat et ayant entraîné une action de la part de l'investisseur puisse servir à caractériser l'expropriation indirecte. Une deuxième restriction qui n'est pas davantage une innovation absolue dès lors qu'on la trouve même dans le partenariat trans-pacifique est celle relative aux mesures réglementaires visant un objectif légitime qui ne peuvent être considérées comme des expropriations indirectes que de manière exceptionnelle.

¹¹⁷ Sur l'invocabilité directe, voy. *supra*.

¹¹⁸ Voy par ex. Annexe B du chapitre relatif aux investissements dans l'accord de libre-échange Etats-Unis-Corée ou du traité-modèle des Etats-Unis de 2012.

¹¹⁹ Outre une jurisprudence majoritaire, le TBI-type des Etats-Unis de 2012 remettait déjà en cause la théorie de l'effet unique.

¹²⁰ *Metalclad Corporation c. Etats-Unis du Mexique*, sentence du 30 août 2000, ARB 97/1, § 103.

¹²¹ *Pope & Talbot Inc. c. Canada*, sentence intérimaire du 26 juin 2000, § 96.

CONCLUSION

D'aucuns pourraient s'étonner que les changements apportés par le nouvel ALENA au droit des investissements l'aient été précisément par un gouvernement d'inspiration libérale ou ultra-libérale que l'on s'attendrait à voir opter pour une protection accrue de l'investisseur, plutôt que de l'Etat et de son pouvoir réglementaire. Les élus démocrates du Congrès américain peuvent d'ailleurs difficilement soutenir que la réforme va dans le mauvais sens, sauf à exiger qu'elle aille encore plus loin dans la protection des intérêts publics¹²². L'argument selon lequel il faudrait parvenir à un accord encore plus protecteur de certaines valeurs telles que l'environnement ou les droits sociaux apparaît pourtant peu crédible étant donné que le gouvernement démocrate précédent avait conclu le partenariat transpacifique qui est largement plus favorable à l'investisseur étranger, aussi bien par sa prise en compte encore plus limitée des enjeux environnementaux ou sociaux¹²³, que par l'absence de restrictions notables à l'accès à l'arbitrage. Toutefois, alors que la présente étude a fait ressortir certaines améliorations du système d'arbitrage investisseur-Etat dans l'intérêt – général – de la protection des prérogatives de souveraineté, il convient de ne pas oublier que la renégociation de l'ALENA s'est faite dans un contexte de forte poussée de nationalisme et de populisme¹²⁴. Par ailleurs, si certaines restrictions des droits substantiels de l'investisseur contribuent indéniablement au rééquilibrage des relations entre l'Etat et l'investisseur étranger, c'est au prix non seulement d'un retour souhaitable de l'Etat, mais aussi d'une inquiétante résurgence de la puissance au détriment du droit dans les relations économiques internationales. Autrement dit, sans aller jusqu'à affirmer que l'existence même du système de protection des investissements se justifie précisément par la protection des intérêts publics¹²⁵, il ne faudrait pas que le retour de l'Etat dans le droit des investissements soit synonyme de recul de la règle de droit. En effet, si elle n'est pas compensée par une possibilité d'invoquer les obligations internationales de l'Etat devant le juge interne¹²⁶, ou la mise en place d'un

¹²² L'opposition des démocrates au nouvel accord semble se cristalliser uniquement autour de l'absence d'un mécanisme de contrôle du respect des règles relatives à la protection des travailleurs. Voy. I. MANAK, « In USMCA Ratification Fight, It's Much Ado about Labor », *International Economic Law and Policy Blog*, 17 avril 2019 (<https://worldtradelaw.typepad.com/ielpblog/2019/04/in-usmca-ratification-fight-its-much-ado-about-labor.html>).

¹²³ L. JOHNSON et L. SACHS, « The TPP's Investment Chapter : Entrenching, rather than Reforming, a flawed system », *Columbia Center on Sustainable Investment*, Policy Paper, novembre 2015.

¹²⁴ S. LESTER et I. MANAK, « The Rise of Populist Nationalism and the Renegotiation of NAFTA », *JIEL*, 2016, pp. 151-169 ; S. PUIG, « The United States-Mexico-Canada Agreement : A Glimpse into the Geoeconomic World Order », *op. cit.*, p. 56.

¹²⁵ S. SCHILL et V. DJANIC, « Wherefore Art Thou ? Towards a Public Interest-Based Justification of International Investment Law », *ICSID Review*, pp. 29-55.

¹²⁶ Le régime actuel de l'ALENA devant les juges américains interdit toute invocabilité de leurs normes. Voy. *supra*.

arbitrage interétatique efficace¹²⁷, la multiplication, au sein du nouvel ALENA, des moyens d'exclure ou de limiter l'accès même à l'arbitrage d'investissement, serait la marque de ce que certains auteurs désignent comme « le nouvel ordre géoéconomique mondial »¹²⁸. Cela soulève la question de savoir si, dans ce contexte-là, le régime de protection des investissements n'est pas passé brutalement d'un déséquilibre – réel ou allégué – en faveur de l'investisseur vers un déséquilibre probable en faveur de l'Etat. Non seulement cela ne rééquilibrerait pas le système mais cela remettrait indubitablement en cause la logique du « Great Compact » qui a présidé à l'émergence du droit des investissements¹²⁹.

RÉSUMÉ

Cet article propose une des premières analyses approfondies du chapitre relatif à l'investissement du texte adopté le 30 novembre 2018 par le Canada, le Mexique et les Etats-Unis après des mois de renégociation de l'ALENA. Si l'entrée en vigueur de ce texte est encore incertaine, il n'en révèle pas moins les principales caractéristiques d'une des visions qui s'affrontent actuellement sur la protection des investissements. En effet, le chapitre sur l'investissement n'est pas ce qui a freiné la ratification du texte aux Etats-Unis, montrant par là que son contenu fait l'objet d'un certain consensus parmi les différentes formations politiques. Le plus frappant dans ce texte, à la lumière de l'actuel chapitre 11 de l'ALENA, est qu'il offre une protection des investisseurs à géométrie variable sur le territoire nord-américain. Il s'agit de plusieurs accords bilatéraux, davantage que d'un véritable accord trilatéral. L'article examine en détail les modifications apportées à la protection des investisseurs, aussi bien au niveau des obligations procédurales de l'Etat que de ses obligations substantielles. Il pose tout au long des développements la question de savoir si les modifications apportées visent à rééquilibrer le système en faveur de l'Etat hôte ou s'il constitue, de manière plus radicale, un exemple du recul du droit international dans les relations économiques internationales. Sur le plan de la protection procédurale des investisseurs, l'accord met d'une part un terme à l'arbitrage investisseur-Etat entre les Etats-Unis et le Canada ; d'autre part il limite fortement l'accès à ce type d'arbitrage entre le Mexique et les Etats-Unis à travers notamment la limitation des moyens contentieux ouverts à l'investisseur dans certains cas, ce qui contribue à un décrochage entre la protection procédurale et la protection substantielle. Quant à la protection substantielle, non seulement elle n'est pas toujours susceptible de contrôle arbitral, mais elle se trouve également enfermée de nouvelles limites visant à répondre aux excès d'interprétation auxquels certaines notions ont donné lieu dans la jurisprudence.

¹²⁷ *Supra*.

¹²⁸ A. ROBERTS et al., « The Goeconomic World Order », publié sur le site web *LAWFARE*, 19 novembre 2018 ; S. PUIG, *ibid*.

¹²⁹ W. M. REISMAN, *op. cit*.

ABSTRACT

The paper provides one of the first in-depth analyzes of the investment chapter of the text adopted on November 30, 2018 by Canada, Mexico and the United States after months of NAFTA renegotiation. While the entry into force of this text is still uncertain, it nonetheless reveals the main characteristics of one of the visions that are currently clashing over investment protection. Indeed, the chapter on investment is not what slowed down the ratification of the text in the United States, thereby showing that its content is the subject of some consensus among the opposing political forces in US Congress. What is most striking about this text, in light of the current Chapter 11 of NAFTA, is that it provides protection for investors of varying geometry in North America. The investment chapter is indeed an addition of bilateral agreements, more than a true trilateral agreement. The article examines in detail the changes made to investor protection, both in terms of the State's procedural obligations and its substantive obligations. Throughout the developments, it raises the question of whether the changes made are aimed at rebalancing the system in favor of the host State or whether it is a clear example of the decline of the role of international law in international economic relations. The agreement puts an end to investor-state arbitration between the United States and Canada on the one hand, and on the other hand it severely limits access to this type of arbitration between Mexico and the United States. One of the main innovations is the limitation of the litigation means open to the investor in most fields of investment, which contributes to creating a gap between procedural and substantive protection. As for substantial protection, not only is it not always subject to arbitral review, but it is also enclosed with new limits aimed at responding to the excess of interpretation to which some concepts have given rise in the case law.

RESUMEN

Este artículo proporciona uno de los primeros análisis en profundidad del capítulo de inversión del texto adoptado el 30 de noviembre de 2018 por Canadá, México y Estados Unidos después de meses de renegociación del TLCAN. Si bien la entrada en vigor de este texto aún es incierta, éste revela sin embargo las características principales de una de las visiones que actualmente están en conflicto sobre la protección de las inversiones internacionales. De hecho, el capítulo sobre inversión no es lo que ralentizó la ratificación del texto en los Estados Unidos, lo que demuestra que su contenido es objeto de cierto consenso entre los diversos partidos políticos en Estados Unidos donde la ratificación ha podido parecer comprometida en ciertos momentos. Lo más sorprendente de este texto, a la luz del Capítulo 11 del actual TLCAN, es que brinda protección a los

inversores de geometría variable en América del Norte. Es una suma de acuerdos bilaterales, más que un verdadero acuerdo trilateral. El artículo examina en detalle los cambios realizados en la protección de los inversores, tanto en términos de las obligaciones procesales del Estado como de sus obligaciones sustantivas. En sus diferentes partes, el artículo plantea la cuestión de saber si los cambios realizados tiene realmente por objeto reequilibrar el sistema a favor del Estado anfitrión o si es un claro ejemplo de la disminución del papel del derecho internacional en las relaciones económicas internacionales. En términos de protección procesal de los inversores, el acuerdo pone fin al arbitraje inversor-estado entre los Estados Unidos y Canadá, por un lado, y por otro lado, limita severamente el acceso a este tipo de arbitraje entre México y los Estados Unidos. Una de las principales innovaciones es la limitación de los medios de litigio abiertos al inversor en ciertos casos, lo que contribuye a un desajuste entre la protección procesal y la protección sustantiva. En cuanto a la protección sustantiva, no solo no siempre está sujeta a revisión arbitral, sino que también se incluye con nuevos límites destinados a responder al exceso de interpretación a la que han dado lugar ciertos conceptos en la jurisprudencia.

CHRONIQUE DES FAITS INTERNATIONAUX

Sous la direction de

Denis ALLAND

Avec les notes de

**Denis ALLAND, Niki ALOUPI, Louis BALMOND,
Philippe BOU-NADER, Delphine BURRIEZ, Caroline CHAUX,
Catherine-Amélie CHASSIN, Claire CRÉPET DAIGREMONT,
Jean-Baptiste DUDANT, Thibaut FLEURY-GRAFF, Mira HAMAD,
Maxime SALEMBIER, Jeanne VALAX**

SOMMAIRE

AGENCE INTERNATIONALE DE L'ENERGIE ATOMIQUE : Réunion extraordinaire du Conseil des Gouverneurs (n° 2019/4.63, C.C.) ; ARABIE SAOUDITE : Positions des Etats au regard du droit international face à la question des ventes d'armes (n° 2019/4.64, L.B.) ; ARABIE SAOUDITE – FRANCE : Les ventes d'armes : une question de droit international ? (n° 2019/4.65, L.B.) ; AZERBAÏDJAN – FRANCE : Le Haut-Karabakh et l'action extérieure des collectivités - Chartes d'amitiés entre collectivités locales et étrangères (n° 2019/4.66, J.V.) ; DANEMARK – ETATS-UNIS : Proposition du Président américain D.J. Trump d'acheter le Groenland au Danemark (n° 2019/4.67, T.F.G.) ; ETATS-UNIS – ORGANISATION DES NATIONS UNIES – REPUBLIQUE BOLIVARIENNE DU VENEZUELA : Nouvelles sanctions économiques et condamnations par les Nations Unies (n° 2019/4.68, J.-B.D.) ; ETATS-UNIS – REPUBLIQUE ISLAMIQUE D'IRAN : Une histoire de drone (n° 2019/4.69, J.-B.D.) ; ETATS-UNIS – REPUBLIQUE ISLAMIQUE D'IRAN – ROYAUME-UNI ; Incidents dans le détroit d'Ormuz et escalade des tensions entre Etats-Unis, Royaume-Uni et Iran (n° 2019/4.70, N.A.) ; FEDERATION DE RUSSIE – UKRAINE : Crash du vol MH17 - Poursuites introduites à l'encontre de quatre combattants pro-russes – Vers un engagement de la responsabilité internationale de la Russie ? (n° 2019/4.71, D.B.) ; FRANCE : Vote de la loi autorisant ratification du CETA (AEGC) à l'Assemblée nationale (n° 2019/4.72, D.A.) ; INDE : Création d'apatrides à Assam (n° 2019/4.73, M.S.) ; ORGANISATION DES NATIONS UNIES – ENVIRONNEMENT : Echec du Pacte mondial pour l'environnement (n° 2019/4.74, C.A.Ch.) ; REPUBLIQUE DE CHYPRE – TURQUIE – UNION EUROPEENNE : Sanctions européennes contre la Turquie pour ses activités gazières au large de Chypre (n° 2019/4.75, M.H.) ; TURQUIE : Achat du système balistique S-400 et régime de contrôle de la technologie des missiles (n° 2019/4.76, Ph.B.N.) ; UNION EUROPEENNE – AECG/CETA : Avis 1/17 - Conformité du système juridictionnel des investissements au droit primaire de l'Union européenne (n° 2019/4.77, C.C.D.).

R.G.D.I.P. 2019-4

RGDIP 2019 N°4
© Editions A. Pedone

AGENCE INTERNATIONALE DE L'ÉNERGIE ATOMIQUE**Réunion extraordinaire du Conseil des Gouverneurs**

2019/4.63 – Le 10 juillet 2019, le Conseil des gouverneurs de l'Agence Internationale sur l'Énergie Atomique (ci-après AIEA) s'est réuni en session extraordinaire, à la demande des États-Unis, pour discuter des récents rapports relatifs à l'application, par l'Iran, de l'accord sur le nucléaire iranien (<https://www.iaea.org/newscenter/news/iaea-board-of-governors-meets-to-discuss-verification-and-monitoring-in-iran>). En effet, deux rapports des 1^{er} et 8 juillet attestent la violation, par la République Islamique d'Iran, des restrictions fixées par le Plan d'Action Global Commun (JCPOA) à sa production nucléaire. Ces rapports établissent que la quantité de nucléaire enrichi a dépassé la limite fixée de 300 kg, ainsi qu'un taux d'enrichissement actuel de 4,5% pour un taux fixé à 3,67% (Rapports du directeur général de l'AIEA, Vérification et contrôle en République Islamique d'Iran à la lumière de la résolution 2331 (2015) du Conseil de Sécurité des Nations Unies, GOV/INF/2019/9 et GOV/INF/2019/8).

À l'issue de cette réunion, les gouvernements de la France, de l'Allemagne et de la Grande Bretagne – États parties au JCPOA – ont adopté une déclaration conjointe par laquelle ils enjoignent à l'Iran de respecter l'Accord et invitent à une solution politique entre les parties signataires (déclaration disponible sur le site : <https://onu-vienne.delegfrance.org/AIEA-Conseil-des-gouverneurs-extraordinaire-du-10-juillet-2019>). L'appel du pied des signataires européens semble avoir été positivement reçu par l'Iran, dont le ministre des affaires étrangères a fait une arrivée très remarquée au G7 se tenant à Biarritz. Il s'est alors entretenu avec les conseillers diplomatiques français, allemands et britanniques, signe d'une volonté de désescalade des tensions récentes.

L'Iran apparaît en effet ouvert aux négociations autour de l'application de l'Accord et se défend d'une volonté de le rendre lettre morte par le dépassement des restrictions fixées. Au contraire, les autorités iraniennes justifient les mesures prises comme nécessaires à rétablir l'économie de l'Accord menacée par le retrait des États-Unis et le rétablissement des sanctions américaines. L'Iran s'appuie sur le paragraphe 36 de l'Accord qui instaure un mécanisme de règlement des différends en cas de non-respect par l'une des parties de ses engagements. Or, cette disposition autorise la partie demanderesse à ne pas respecter toute ou partie des obligations qui lui incombent si « aucune solution donnant satisfaction n'a été trouvée » par la Commission Conjointe compétente.

La Commission Conjointe avait été saisie par l'Iran après le retrait américain et l'annonce du rétablissement des sanctions. La Commission s'était tenue le 6 Juillet 2018 et avait délivré un *Joint Statement* réitérant l'engagement des Parties contractantes à « maintenir and promouvoir » l'économie de l'Iran en contrepartie des restrictions du programme nucléaire iranien. Le *Joint Statement* listait alors les différents secteurs de l'économie iranienne concernés, principalement les secteurs visés par les sanctions américaines tels que les secteurs financiers ou pétroliers (texte disponible sur <https://eeas.europa.eu/headquarters/headquarters-homepage/48076/statement-joint-commission-joint-comprehensive-plan-action>).

Bien que les parties contractantes européennes aient réagi avec une rapidité inhabituelle (règlement (CE) n° 2271/96 du Conseil, mis à jour par le règlement délégué

de la Commission (UE) 2018/1100 du 6 juin 2018, entré en vigueur le 7 août 2018 ; création du canal de paiement INSTEX le 31 janvier 2019), les réponses apportées ne sont pas apparues suffisantes à enrayer les effets des sanctions américaines sur l'économie iranienne.

Il semblerait alors que le comportement de l'Iran s'inscrit dans une tentative diplomatique pour inciter les signataires de l'Accord à un durcissement des réactions vis-à-vis des Etats-Unis. (https://www.lemonde.fr/international/article/2019/07/07/la-strategie-du-derapage-controle-de-l-iran-sur-le-nucleaire_54864283210.html).

Le dépassement des taux fixés par le JCPOA demeure en effet minime et traduit plus un appel qu'une menace militaire. Cette stratégie a d'ailleurs porté ses fruits, la commission conjointe s'est à nouveau réunie le 28 Juillet dernier pour trouver une solution à l'application pérenne de l'Accord (texte disponible sur le site de la délégation française à l'ONU). Dans l'attente d'une nouvelle réunion de la Commission au niveau ministériel, la présence du ministre iranien au G7 montre la volonté commune d'une solution diplomatique à la crise actuelle.

Les tensions autour de l'application du Plan d'Action Global Commun ne cessent d'accroître, mettant en exergue les limites du droit international conventionnel. Entre le comportement des Etats-Unis qui continuent à exiger l'application d'un Accord dont ils se sont retirés – le Conseil des gouverneurs s'est réuni sur sollicitation des Etats-Unis – et le comportement de l'Iran qui s'autorise à modifier unilatéralement la portée des obligations d'un Accord dont il est toujours partie, le JCPOA cristallise les difficultés d'encadrement par le droit des relations internationales actuelles.

C.C.

ARABIE SAOUDITE

Positions des Etats au regard du droit international face à la question des ventes d'armes

2019/4.64 – Dans le domaine des ventes d'armes, il existe aujourd'hui deux marchés privilégiés : l'Asie du sud-est et plus encore le Moyen-Orient. Ce dernier réunit en effet des Etats entre lesquels les tensions mais aussi les conflits ouverts sont multiples ; ces Etats sont le plus souvent solvables, directement ou indirectement, et leurs moyens financiers leur permettent d'acheter des équipements sophistiqués ; ils ne produisent pas eux-mêmes de matériel de guerre et sont donc tributaires de l'extérieur pour équiper leurs forces armées.

On comprend donc aisément que, pour les exportateurs, le Moyen-Orient constitue une zone dont ils ne peuvent en aucune façon se désintéresser et notamment, parmi les Etats qui la composent, l'Arabie saoudite, leader incontesté des importations d'armes.

Les exportateurs ne se trouvent cependant jamais sur un pied d'égalité. Pour certains d'entre eux, les ventes d'armes ne sont que la conséquence logique d'un partenariat stratégique, parfois très ancien, parfois beaucoup plus récent, réactivé en particulier par la lutte contre le terrorisme international. Ce partenariat entre exportateurs et importateurs rend naturellement plus difficile l'accès des tiers sur le marché moyen-oriental mais il ne le leur ferme pas complètement. En effet, outre des considérations techniques ou d'opportunité, qui peuvent conduire à changer au moins partiellement de

fournisseur, la permanence et la qualité du partenariat sont essentielles. Or, celles-ci peuvent être affectées par toute une série de facteurs parmi lesquels figure également le droit international, dans la mesure où il s'efforce de d'encadrer et de moraliser le commerce des armes. Le client, qui a payé cher, entend être maître de l'utilisation du produit qu'il a acheté alors que le vendeur, aux prises avec son opinion publique lorsqu'elle existe, voire avec ses alliés, va tenter de faire pression pour un usage plus conforme au droit international. Dans le domaine des ventes d'armes, celui-ci se matérialise en particulier dans le Traité sur le Commerce des Armes (TCA) du 2 avril 2013 qui vise à « instituer les normes communes les plus strictes possible aux fins de réglementer ou d'améliorer la réglementation du commerce international d'armes classiques » (article 1) et, à ce titre, met des obligations à la charge des deux parties, exportateur et importateur. Le TCA compte aujourd'hui 104 Etats parties et 33 Etats signataires. L'Arabie saoudite se trouve actuellement parmi les 59 Etats qui ne sont pas signataires du TCA.

L'exportateur doit-il être exigeant sur le respect du droit international à l'égard de l'importateur quant au respect des dispositions du TCA au risque d'ouvrir la voie à un concurrent ? Ce dilemme est abordé très différemment par tous les Etats susceptibles de vendre des armes à l'Arabie saoudite.

Pour les Etats qui ne sont pas signataires du TCA, parmi lesquels le Brésil, la Chine, l'Inde, le Pakistan et la Russie, il n'y a aucun dilemme. Pour certains importants fabricants et exportateurs d'armes, pour d'autres exportateurs en devenir, ces Etats, et notamment les deux membres permanents du Conseil de sécurité des Nations unies, ne supportent donc, du point de vue du TCA, aucune limite dans leur activité de vente d'armes : elle n'est pas conditionnée par les dispositions du traité. Pourtant, leur présence sur le marché moyen oriental est limitée et orientée uniquement vers certains Etats comme la Turquie et l'Iran, les acquisitions d'armes de Téhéran n'étant naturellement pas sans conséquences sur le comportement de l'Arabie saoudite, dans leur conflit pour la domination du Golfe. L'absence de la Chine et de la Russie dans le commerce des armes avec l'Arabie saoudite n'est pas liée à des considérations juridiques mais résulte du partenariat politique et stratégique entre Ryad et les occidentaux. Les Etats-Unis y occupent traditionnellement une place prépondérante depuis ce qu'il est convenu d'appeler le « Pacte du Quincy » du 14 février 1945 faisant suite à la rencontre entre le président Roosevelt et le Roi Ibn Séoud (accès au pétrole saoudien contre la garantie américaine de sécurité dans le Golfe). Si la position du président Obama sur l'Iran a pu faire penser à une inflexion de la politique américaine, l'arrivée au pouvoir du président Trump a vu au contraire réaffirmer entre les deux Etats « un nouveau partenariat stratégique pour le XXI^{ème} siècle ». (sur cette question, M. Kandel, « Etats-Unis – Arabie saoudite, une alliance ambiguë », *Questions Internationales*, n° 89 janvier-février 2018, pp.78-83). Dès son premier déplacement à l'étranger, à Ryad, le Président a annoncé ainsi la signature de contrats d'armement pour un montant de 110 milliards de dollars. Pour la Chine et la Russie, perçus au moins comme des adversaires par Washington, l'accès au marché des armes saoudien est donc fermé. Seuls les autres Etats occidentaux (France et Royaume Uni notamment) parviennent à le pénétrer de manière limitée sur la base d'une même affirmation d'un partenariat stratégique.

Au Moyen-Orient cependant toutes les conjonctions sont possibles et la Russie, à l'occasion de la crise syrienne, a toujours pris garde de maintenir des relations avec l'Arabie saoudite et Israël. Même si cela semble en l'état peu probable, elles pourraient éventuellement déboucher sur des ventes d'armes. On rappellera qu'alors, la Russie, même non partie au TCA, serait soumise à l'obligation de « respecter et de faire respecter le droit international humanitaire » (en l'occurrence à l'Arabie saoudite) en vertu de l'article 1 commun aux Conventions de Genève, auxquelles la Russie est partie et dont la valeur de règle coutumière est aujourd'hui établie. La Chine, soumise à la même obligation au titre du droit international humanitaire, s'est de plus engagée dans les procédures requises pour adhérer au TCA (*French.xinhuanet.com*, 29-09-2019) « En tant que membre responsable de la Communauté internationale, la Chine est déterminée à « soutenir le multilatéralisme et à bâtir une communauté de destin ». Dans ce but, elle souhaite participer « à la gouvernance internationale du commerce des armes et sauvegarder la paix et la stabilité internationales et régionales ». Cette prise de position que l'on peut inscrire dans la volonté de la Chine de devenir un membre à part entière de la Communauté internationale, n'est toutefois pas indépendante du contexte (70^{ème} anniversaire de la RPC et contestation du pouvoir de Pékin à Hong-Kong). Elle apparaît néanmoins comme l'exact contrepoint de la position des Etats-Unis, qui tendent, en ayant choisi de quitter le TCA à devenir ainsi des « irresponsables », hostiles au multilatéralisme.

Les Etats-Unis avaient en réalité choisi, pour leur part, jusqu'au 26 avril 2019, de se limiter à la signature du TCA. Cet acte qui authentifie le texte, « manifeste également en principe la volonté de l'Etat de continuer la procédure » (P-M. Dupuy et Y. Kerbrat, *Droit International Public*, Paris, Dalloz, p. 307). Pour autant, l'expression définitive de la volonté d'être lié par le traité exige un acte postérieur adopté à la suite de l'exécution des procédures constitutionnelles nationales. Il peut donc arriver que ce dernier acte fasse défaut, notamment du fait de dissensions entre les pouvoirs publics. Dans ce cas, l'Etat n'est pas partie au traité. Plus rare est l'hypothèse dans laquelle il retire sa signature alors même qu'à ce stade le traité n'est pas en vigueur à son égard. (on rappellera néanmoins que la Russie a retiré, le 16 novembre 2016, sa signature de la Convention de Rome portant Statut de la CPI par décret présidentiel). Le TCA n'évoque d'ailleurs pas le retrait de la signature, se bornant à prévoir sa dénonciation (article 24 § 2 : « Chaque Etat Partie a le droit, dans l'exercice de sa souveraineté nationale, de dénoncer le présent Traité ») sous réserve du respect de conditions de forme et de délai. Si dès lors, il est possible de se retirer d'un traité qui engage, il apparaît naturellement possible qu'un Etat s'en retire avant d'être engagé.

A vrai dire, la décision du président des Etats-Unis ne pouvait constituer une surprise qu'on l'envisage du point de vue de la politique intérieure américaine ou de la politique étrangère. Il est ainsi tout à fait significatif que le Président ait ostensiblement signé l'ordre exécutif de retrait le 26 avril 2019 à l'occasion d'une réunion de la *National Rifle Association* (NRA), très puissant lobby des armes aux Etats-Unis et soutien indispensable dans la perspective de sa réélection en 2020. Sa décision s'inscrit par ailleurs dans la volonté de « détricoter » tous les éléments multilatéraux de la politique étrangère de son prédécesseur. Le retrait du TCA vient ainsi, après entre autres (P-O. Olabuenaga, « Why the Arms Trade Treaty Matters – and Why It Matters That the US Is Walking Away », 8 mai 2019) le retrait de l'Accord de Paris sur le climat de juin 2017 et

de l'accord sur le nucléaire iranien, conforter la stratégie « *America First* ». Hostile à toute réglementation internationale multilatérale qui ne servirait pas strictement les intérêts américains, le Président « n'abandonnera jamais la souveraineté américaine à personne. Nous n'autoriserons jamais des bureaucrates étrangers à piétiner vos droits constitutionnels pour les armes. Les citoyens américains vivent sous le droit américain. Pas les lois de pays étrangers ! » Dès lors, si la simple signature du TCA n'était pas de nature à freiner les exportations d'armes des Etats-Unis vers l'Arabie saoudite, l'Administration Trump retrouve néanmoins une liberté d'action encore plus grande qui n'a pas tardé à se manifester. Le 8 mai 2019 en effet, invoquant une situation d'urgence, elle avait autorisé des exportations d'armes vers Ryad pour un montant de 8,1 milliards de dollars. A la suite de l'affaire Khassoggi et des accusations de crime de guerre au Yémen, le Sénat des Etats-Unis a bloqué cette initiative le 20 juin, grâce aux votes de sénateurs de la majorité républicaine, en adoptant trois résolutions s'opposant à la vente. Celle-ci pourra néanmoins avoir lieu, le veto du Président n'ayant pu être surpassé, faute pour le Sénat d'avoir réuni, le 29 juillet, une majorité des deux tiers.

Il reste malgré tout 104 Etats parties au TCA, et notamment les 28 membres de l'Union européenne parmi lesquels deux membres permanents du Conseil de sécurité, la France et le Royaume Uni. Soumis aux obligations que le traité prévoit, mais également, pour les Etats membres de l'Union européenne, à celles qui résultent du droit européen, leur attitude est pourtant loin d'être uniforme et, quant à la question de la légalité des ventes d'armes à l'Arabie saoudite, la réponse s'est faite en ordre très dispersé. Le phénomène est d'autant plus troublant que les européens ont adopté une position commune (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) censée régir leurs exportations d'armes. Si des différences existent entre le TCA et la Position commune, la préoccupation fondamentale qui anime les deux textes est identique : la vente d'armes n'est licite que sous réserve qu'elle ne serve pas à commettre des violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire. Ainsi, malgré les obligations qui résultent pour eux de ces deux textes, les Etats membres de l'Union sont loin d'avoir adopté une attitude commune à l'égard des ventes d'armes à l'Arabie saoudite. Cela n'est pas sans incidence sur la perception que l'on peut avoir actuellement de l'« Europe de la défense ».

Parmi les Etats membres de l'Union, la France, pour laquelle l'Arabie saoudite est un client majeur, n'a pas suspendu ses ventes d'armes, argumentant que celles-ci, soumises à une procédure nationale particulièrement exigeante, respectent ses obligations internationales (voir cette « Chronique », *infra* n° 2019/4.65 : « Les ventes d'armes de la France à l'Arabie saoudite : une question de droit international ? »). De même en Espagne, (*L'Opinion*, 24 octobre 2018) le Parlement a rejeté le 23 octobre 2018 une motion réclamant, après la mort de J. Khashoggi, l'arrêt des ventes d'armes à Ryad (400 bombes à guidage laser) pour éviter qu'elles ne soient utilisées au Yémen. Ce vote s'expliquerait par la menace de l'Arabie saoudite, d'annuler, un contrat de 1,8 milliard d'euros portant sur l'achat de navires de guerre. Madrid aurait toutefois obtenu des garanties en contrepartie. D'autres Etats, par contre, ont choisi de suspendre leurs exportations d'armes. L'Allemagne a interdit une première fois les ventes d'armes à l'Arabie saoudite en octobre 2018 à la suite de l'assassinat de J. Khashoggi, interdiction renouvelée en mars 2019 puis en septembre 2019 après beaucoup d'hésitations au sein de la coalition

gouvernementale CDU/SPD et malgré l'insistance de la France et du Royaume Uni. Le Danemark, les Pays-Bas et la Finlande ont suivi la position allemande et annoncé le 22 novembre 2018 la suspension des ventes d'armes à l'Arabie saoudite, de même que l'Autriche. Dans deux Etats européens au moins, la suspension des exportations d'armes vers l'Arabie saoudite peut s'appuyer sur une décision de justice C'est le cas en Belgique où le Conseil d'Etat qui avait suspendu en juin 2018 les licences d'exportation accordées par la Région wallonne a décidé le 14 juin 2019 de les annuler. De même, la Cour d'appel du Royaume-Uni a-t-elle jugé le 20 juin 2019, que la décision du gouvernement britannique de continuer d'octroyer des licences d'exportation pour des équipements militaires à destination de l'Arabie Saoudite était illégale. Par contre en France, le Tribunal administratif de Paris a rejeté un recours destiné à empêcher le départ d'un cargo saoudien, le Bahri Yanbu, qui devait charger des armes dans le port du Havre pour assurer une livraison à l'Arabie saoudite. Au-delà de la position affirmée, ces décisions présentent l'intérêt de montrer que les ONG peuvent actionner des voies judiciaires pour tenter de faire exécuter les obligations résultant du TCA et surtout qu'elles peuvent jouer un rôle déterminant dans la preuve des faits incriminés, face au silence des Etats.

Il apparaît ainsi que pour les Etats membres de l'Union, soumission à la même position commune ne veut sûrement pas dire pour autant attitude commune Comme souvent, la position à l'égard du droit camoufle plus ou moins habilement des intérêts plus concrets. On notera d'abord le silence de certains Etats, notamment les dix pays de la « Nouvelle Europe » qui « refusent toute distanciation critique à l'égard de l'allié américain » et de ce fait « continuent d'acheter tout ce que propose l'industrie américaine » (N. Gnesotto, « *Quid de la fidélité des alliés ?* » in B. Badie et D. Vidal, *L'état du monde 2020*, La Découverte, 2019, p. 106). Sur une question comme les ventes d'armes à l'Arabie saoudite, et plus encore celle de leur légalité, on ne voit donc pas pourquoi ces Etats, exportateurs d'armes très secondaires, chercheraient à suivre une ligne autre que celle de Washington qui est leur fournisseur privilégié, si ce n'est exclusif. Pour d'autres membres de l'Union, qui ont parfois suspendu les exportations à destination de Ryad, la question ne présente qu'un impact économique très limité car ils ne sont que des exportateurs anecdotiques, parce que leur industrie de défense l'est tout autant. Enfin, quant aux décisions de suspension adoptées, notamment par l'Allemagne, elles ont eu des incidences sur les ventes d'armes françaises et britanniques du fait qu'elles ont également porté sur des composants de ces dernières, conduisant Paris à se fournir en définitive...aux Etats -Unis. Depuis, d'ailleurs, Berlin et Paris, qui se veulent les moteurs de la relance de l'Europe de la défense se sont efforcés de trouver des arrangements. La question a été évoquée lors de la négociation du traité de coopération bilatérale d'Aix la Chapelle signé le 22 janvier 2019 entre les deux Etats et portant prioritairement sur l'économie, la sécurité et la défense (D. Deschaux-Dutard, « Le Traité d'Aix-la-Chapelle et la coopération franco-allemande en matière de sécurité et de défense », <http://revel.unice.fr/psei/index.html?id=2006>). Selon les termes du traité cette coopération doit s'étendre à la production conjointe d'armements (notamment le Système de Combat Aérien du Futur) et à leur exportation selon une approche commune. Les négociations sur la question promettent d'être longues. Les mêmes difficultés se sont manifestées lors de la création du Fond Européen de la Défense en 2017, la Commission s'efforçant de faire en sorte que la question des exportations d'armes n'obère pas la création du FEDEF. C'est ainsi qu'été inséré dans le règlement du Fonds une disposition précisant explicitement que l'action du FEDEF « est sans incidence sur la liberté de

décision des Etats membres en matière de politique d'exportation de produits liés à la défense » (F. Santopinto, « Le Fonds européen de la défense ouvre le débat sur les exportations d'armes », 24 Juillet 2019).

Ces interrogations appellent en conclusion deux séries de remarques. Que faut-il espérer, en l'état des relations internationales, de la fonction régulatrice d'un texte comme le TCA ? On ne peut être que pessimiste : le ministre (allemand et non français) de l'économie, P. Altmaier, a lucidement répondu « il n'y aura aucun effet positif si nous restons les seuls à arrêter les exportations et si en même temps d'autres pays comblent le trou ». Le « nous » évoquait l'Allemagne mais pourrait évoquer tout autant l'Union européenne : elle pourra peut-être un jour rendre efficace un mécanisme vertueux de contrôle des exportations d'armements. Elle trouvera assurément à ce moment-là de nombreux Etats pour « combler le trou ». Peut-être faudrait-il alors, de la part des européens, remettre la question des exportations d'armes sur ses pieds. La vente d'armes n'est en aucun cas une opération commerciale classique : elle devrait résulter de choix stratégiques qui la précèdent et la fondent (que fabriquer ? que vendre ? à qui ? où ?). C'est bien l'un des problèmes posés par les ventes d'armes de la France à l'Arabie saoudite : une stratégie, fort peu lisible au demeurant, tente de les justifier a posteriori alors qu'elle devrait les fonder, v. cette « Chronique », *infra* n° 2019/4.65). Faute de tels choix, une approche économique, telle que celle qui inspire la création du FEDEF s'impose alors, en quelque sorte par défaut et il y a sans doute peu à en attendre à moyen terme quant à la régulation des ventes d'armes par l'Union européenne.

L'épisode de la suspension des ventes d'armes à la Turquie en octobre 2019 par plusieurs Etats européens, notamment la France, le Royaume Uni et l'Allemagne, à la suite de l'offensive en Syrie tendrait à pousser lui aussi au scepticisme. Il enseigne d'abord que les Etats hésitent moins à interrompre les ventes d'armes vers des clients qui ne sont que secondaires, ce qui est le cas de la Turquie pour les Etats européens. La position d'Ankara est de plus renforcée par le fait qu'elle fabrique son propre matériel, notamment terrestre, qui est prioritairement utilisé en Syrie. Ensuite, il confirme que même pour les européens, les considérations juridiques ne sont pas nécessairement dominantes : ces sanctions ont pour but premier de pousser la Turquie à renoncer à son offensive parce qu'elle bouleverse le fragile équilibre stratégique au Moyen Orient en sacrifiant les kurdes de Syrie et en risquant de conduire à la résurgence de l'Etat islamique. Il interroge enfin sur le pari que constitue toujours la qualité d'Etat importateur vertueux (et le demeurant) auquel devrait être réservé les ventes d'armes. Il y a peu, la Turquie était officiellement engagée dans un processus d'adhésion à l'Union européenne qui aurait alors tout à fait justifié des ventes d'armes de la part de ses partenaires européens... des armes exportées légalement mais qui, leur durée de vie aidant, serviraient aujourd'hui à l'offensive contre les kurdes.

L.B.

ARABIE SAOUDITE - FRANCE

Les ventes d'armes : une question de droit international ?

2019/4.65 – Les questions suscitées par la conformité au droit international des ventes d'armes de la France est revenue un peu inopinément sur le devant de la scène à la suite de la mise en cause de l'Arabie saoudite dans l'assassinat du journaliste Jamal

Kasshoggi le 2 octobre 2018 au consulat d'Arabie saoudite à Istanbul. Le Royaume, client majeur de la France depuis longtemps (sur la période 2008-2017, l'Arabie saoudite se situe au second rang derrière l'Inde avec plus de 11 milliards d'euros de commandes qui ont été validées en neuf ans, soit une moyenne de 1,2 milliard d'euros par an. Si l'on ne considère que la période suivant le début de l'Opération Tempête décisive en 2015, les livraisons ont été croissantes : 899,8 millions d'euros en 2015, 1085,8 en 2016, 1381,6 en 2017), devenait moins fréquentable, d'autant qu'il était impliqué depuis 2015 dans un conflit armé au Yémen, passé jusque-là largement inaperçu. L'Arabie saoudite a pris en effet depuis le 25 mars 2015, la tête d'une coalition d'Etats arabes dans une intervention armée au Yémen (Opération *Tempête décisive* devenue ensuite Opération *Restaurer l'espoir*), destinée à restaurer le pouvoir du président M. Haddi, renversé par une insurrection houthite soutenue par l'Iran. Le conflit, qui s'inscrit, sur fond d'affrontement sunnisme/chiisme, dans une compétition entre l'Arabie saoudite et l'Iran pour le leadership dans la région, s'est enlisé dans des combats de plus en plus meurtriers nécessitant de la part de la coalition de nombreuses frappes aériennes. A plusieurs reprises, des civils ont été touchés ce qui a suscité l'accusation de crimes de guerre de la part des ONG (notamment *Human Rights Watch* et *Amnesty International*), mais aussi du Groupe d'éminents experts régionaux et internationaux sur le Yémen (GEE) mandaté par le Conseil des droits de l'homme de l'ONU. Dans son rapport du 26 septembre 2018 (https://www.ohchr.org/Documents/Countries/YE/A_HRC_39_43_EN.docx), il relève que si toutes les parties au conflit armé au Yémen ont commis un nombre substantiel de violations du droit international humanitaire, les frappes aériennes de la coalition ont causé la majorité des cas directs de victimes civiles. Les frappes ont touché des zones résidentielles, des marchés, des funérailles, des mariages, des centres de détention, des navires civils et même des centres médicaux. Conduites en violation des principes de Droit international humanitaire de distinction, de proportionnalité et de précaution, elles pourraient donc constituer des crimes de guerre. Il en va de même du blocus total déclenché par la coalition le 6 novembre 2017 sur les principaux points d'entrée terrestres, maritimes et aériens du territoire yéménite, manifestement excessif par rapport à l'avantage militaire attendu.

La question de la contribution d'armes françaises à la commission de ces crimes se posait dès lors inévitablement à partir du moment où il était avéré que Paris avait exporté des armes vers Ryad et que la nature de celles-ci était identifiée. Si, sur le premier point, les documents officiels parlaient d'eux-mêmes, en ce qui concerne les armes exportées par contre, ceux qui étaient accessibles demeuraient d'une opacité souvent dénoncée. Néanmoins, les rapports présentés annuellement au Parlement, les travaux de l'Observatoire des armements et du SIPRI, surtout complétés par les informations fournies par la presse, les ONG, voire par les industriels de l'armement eux-mêmes (Nexter, Naval Group, DCI ; on trouvera une présentation très complète de ces sources dans l'Avis rendu à la demande de l'Action des Chrétiens pour l'Abolition de la Torture, ACAT et *Amnesty International* au cabinet Ancile avocats <https://amnestyfr.cdn.prismic.io/amnestyfr%2Fb2bf59b9-cd8e-471f->) ont permis d'avoir une idée plus précise des matériels vendus par la France. Ainsi, pour 2018, il apparaît que les livraisons ont porté, pour le matériel terrestre, d'une part, sur des armes et munitions de petits calibres, des munitions d'artillerie de 155mm tirées par des chars AMX 30 et des canons *Caesar*, des systèmes d'artillerie de gros calibre, des obus de mortier de 120mm et des missiles sol-air, d'autre part, sur des véhicules multi-missions, des véhicules blindés légers de

combat. Pour le matériel aérien, elles ont porté sur des systèmes d'identification et de ciblage des objectifs, des hélicoptères de transport, des drones de renseignement militaire et des avions ravitailleur et pour le matériel naval sur des intercepteurs et des patrouilleurs. Ces livraisons se sont accompagnées d'une assistance technique pour la maintenance et la modernisation de la Marine saoudienne, la formation des pilotes et des artilleurs.

Fortes de ces constats, certaines formations politiques et des ONG ont alors mis en cause la France pour avoir, par ces ventes d'armes, rendus possibles les crimes de guerre commis, entre autres par l'Arabie saoudite dans le conflit au Yémen. Aux troubles qui touchaient jusqu'aux partis politiques soutenant le Président et le Gouvernement, il a été répondu dans un premier temps de manière lapidaire (le Président de la République le 26 octobre 2018 refusait de répondre à la question d'un journaliste qui l'interrogeait sur un éventuel arrêt des exportations d'armes de la France vers l'Arabie saoudite mais le 9 mai 2019 il « assumait » la vente d'armes françaises à l'Arabie saoudite) et en ordre dispersé. C'est apparu insuffisant aux yeux de l'opinion et surtout de la représentation nationale, sollicitant une explication plus argumentée de la position de la France sur ce dossier. Elle a finalement été exprimée par la ministre des Armées dans une déclaration devant la Commission des Affaires étrangères de l'Assemblée nationale, le 7 mai 2019. Cette clarification s'imposait d'autant plus qu'un rapport de la Direction du renseignement militaire du 25 septembre 2018, classé « Confidentiel défense », et transmis au Président de la République lors du Conseil de défense du 3 octobre 2018 consacré à la guerre au Yémen, avait fuité et été publié le 15 avril 2019 par le nouveau media *Disclose* (c'est une structure inédite : organisation de journalisme d'investigation à but non lucratif, elle est composée d'équipes de journalistes qui mènent des enquêtes puis publient leurs sujets sur un site en accès libre et avec des médias partenaires. Son objectif est de maximiser l'impact des révélations et de soutenir le droit à l'information des citoyens). Le rapport fournit des informations nouvelles sur la nature et l'origine des armes à la disposition de la coalition mais surtout sur les zones de frappes des 48 canons *Caesar* vendus par la France à l'Arabie saoudite (<https://made-in-france.disclose.ngo/fr/chapter/yemen-papers/>, 15 avril 2019). Face aux obligations internationales souscrites par la France, la déclaration de la ministre des Armées confirme la place décisive occupée par les arguments stratégiques et économiques dans les exportations d'armes à destination de Ryad.

Dans le domaine des ventes d'armes, trois séries d'obligations trouvaient à s'appliquer à la France. Elle est d'abord liée par le Traité réglementant le commerce des armes auquel elle est partie depuis le 2 avril 2014. Elle « attache la plus grande importance à ce traité » et contribue à ses mécanismes de suivi. Il doit en effet « permettre de limiter la fourniture d'armes et de munitions dans les zones d'instabilité, d'éviter les violations du droit international humanitaire et des droits de l'Homme, de préserver la paix, la sécurité et la stabilité régionale et d'accroître la transparence en matière de transferts d'armement ». Dans ce but, il édicte trois obligations essentielles : mettre en place un régime national « efficace et transparent pour réglementer les transferts d'armes (article 5 § 5) ; interdire un transfert d'armes si l'Etat a connaissance que ces armes pourraient servir à commettre des violations graves du Droit international humanitaire, notamment à l'encontre des civils (article 6 § 3) ; réexaminer son autorisation au cas où il disposerait de nouvelles informations sur leur utilisation (article 7 § 7).

La France devait également respecter mais surtout faire respecter le Droit international humanitaire en toutes circonstances (article 1 commun au quatre Conventions de Genève de 1949). Disposition originale traduisant le caractère *erga omnes* de la plupart des obligations du droit international humanitaire, elle enjoint aux Etats d'utiliser tous les moyens à leur disposition pour assurer le respect du droit international humanitaire par un Etat tiers, à l'exception du recours unilatéral à la force. Enfin, la France a également souscrit à des obligations dans le cadre de l'Union européenne à la suite de l'adoption de la position commune du Conseil du 8 décembre 2008 qui définit des règles communes concernant le contrôle des exportations de technologie et d'équipements militaires (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, *JOUE* L335/99, 13.12.2008). Le texte fait obligation aux Etats membres, après avoir évalué l'attitude du pays destinataire à l'égard des principes du droit humanitaire international, de refuser « l'autorisation d'exportation s'il existe un risque manifeste que la technologie ou les équipements militaires dont l'exportation est envisagée servent à commettre des violations graves du droit humanitaire international ».

La déclaration prononcée par la ministre des Armées devant la Commission offre une vision globale de l'argumentation française pour justifier les ventes d'armes à l'Arabie saoudite. Elle apparaît justifiée prioritairement par des considérations stratégiques et économiques alors que le droit européen est quasiment ignoré et le droit international interprété d'une manière conforme aux intérêts de la France, l'accent étant mis sur la dimension nationale.

Sur le plan stratégique, eu égard à la puissance économique relative de la France, il est possible d'admettre que, selon les mots de la ministre, les ventes d'armes « servent la souveraineté de la France ». Son rôle dans le monde, tel qu'il lui est assigné notamment par l'ONU, exige une capacité militaire indépendante qui ne peut être obtenue que par les ventes de matériels, lesquelles, augmentant les séries, diminuent les coûts d'équipement de ses propres forces. L'importance géopolitique de la région justifie également de nouer, avec les puissances régionales, des partenariats stratégiques au sein desquels les ventes d'armes occupent naturellement une place privilégiée. C'est le cas de l'Arabie saoudite, partenaire, désormais, de la lutte contre le terrorisme international, notamment dans la région du Sahel. Il reste néanmoins que l'existence et les ambitions de ce partenariat stratégique et sa constance sont malgré tout sujets à caution. Un véritable partenariat stratégique exigerait des objectifs communs plus précis que la lutte contre le terrorisme international à laquelle l'Arabie saoudite ne s'est d'ailleurs convertie que récemment. La France admet ainsi que son partenaire se montre toujours aussi prosélyte au Sahel et elle ne s'est pas alignée sur la position de Ryad à l'égard de l'Iran en défendant l'accord sur le nucléaire malgré le retrait des Etats-Unis (v. L. Balmond, « Observations sur les ventes d'armes récentes de la France à l'Arabie saoudite », mis en ligne le 10 mars 2019, <http://revel.unice.fr/psei/index.html?id=1985>). Les justifications économiques sont par contre particulièrement concrètes : l'industrie de défense française, très dépendante donc des exportations, emploie plus de 200 000 personnes dans quelques grands groupes industriels auxquels s'ajoutent comme sous-traitant, plusieurs milliers de *start-up*, PME et ETI. Elle est, en l'état, économiquement et socialement vitale pour certaines régions françaises. C'est principalement à l'aune de ces

éléments que la ministre des Armées a défendu les ventes d'armes à l'Arabie saoudite dans le cas du conflit au Yémen. Les arguments juridiques n'ont en effet occupé qu'une place secondaire. Le droit européen a été ignoré sous réserve d'une référence à la « souveraineté européenne » qui bénéficierait des ventes d'armes françaises, notion et hypothèse méritant pour le moins discussion (notamment quand on mesure les oppositions entre Etats membres sur la question des ventes d'armes et notamment les frictions qu'elle a entraînées sur ce dossier entre la France et l'Allemagne).

La ministre des armées ne pouvait toutefois ignorer le Traité réglementant le commerce des armes et les dispositions qu'il comporte, la France voulant apparaître depuis sa ratification comme l'un des principaux défenseurs de ce texte. Aussi, les arguments avancés sont-ils nombreux mais le plus souvent factuels. La présence d'armes françaises étant avérée, c'est leur utilisation éventuelle, décisive quant à l'accusation à son encontre de complicité de crimes de guerre, qui ont été contestées. Selon la ministre, il n'y a aucune certitude sur les conditions dans lesquelles les armes françaises ont été utilisées au Yémen. « Les conflits peuvent évoluer. Qui pouvait imaginer la survenance de ce conflit au Yémen ? Beaucoup de pays sont confrontés à cette situation que d'avoir le cas échéant livré des armes à d'autres pays alors que ces armes n'étaient pas censées être utilisées ». Une telle argumentation qui, au passage, marque un certain scepticisme quant aux capacités de prévision du Quai d'Orsay et des services de renseignement français, ne peut être retenue. D'une part, elle a été démentie par le rapport de la Direction du renseignement militaire, même si celui-ci n'est pas toujours parfaitement clair. Le rapport livre en effet des cartes qui révèlent en particulier les zones de frappes des 48 canons *Caesar*. L'une d'entre elles intitulée « Population sous la menace des bombes » décrit trois zones du Yémen et estime à près de 437 000 personnes la « population potentiellement concernée par de possibles frappes » de l'artillerie de la coalition. Les *Caesar* bombardent-ils alors effectivement ces territoires ? La réponse ne fait guère de doute puisque le rapport évoque le fait que les batteries « appuient les troupes loyalistes, épaulées par les forces armées saoudiennes, dans leur progression en territoire yéménite ». Paradoxalement, la Direction du renseignement militaire indique dans le même document ne pas être « en mesure de localiser précisément les pièces d'artillerie saoudienne à la frontière en septembre 2018 » et affirme qu'« aucun élément ne permet de conclure à la présence de matériel français sur les fronts actifs ». D'autre part, le Traité réglementant le commerce des armes lui-même prévoit explicitement (article 7) cette situation et y répond. Il met en effet à la charge de l'exportateur une obligation de suivi permettant de vérifier si l'importateur n'utilise pas les armes en violation du droit international humanitaire. Si tel est le cas, l'autorisation d'exportation peut être réexaminée. En réalité, elle devrait l'être, voire être annulée car dans la négative, l'exportateur violerait l'obligation de faire respecter le droit international humanitaire. Eu égard à sa présence sur place du fait de l'importance du soutien apporté par la France en matière de formation et de maintenance des matériels exportés en Arabie saoudite, elle avait assurément la possibilité de faire des observations sur les conditions d'utilisation des armes livrées, et sans doute l'a-t-elle fait. Elle a ainsi satisfait à l'obligation de comportement prévue par le TAC, plus qu'à une obligation de résultat, évitant ainsi de froisser un client très recherché par les autres exportateurs.

Si tant est d'ailleurs que les armes vendues par la France soient utilisées par l'Arabie saoudite, elles le sont, selon la ministre, pour « un usage défensif et non offensif » afin de faire face à la menace que l'Iran fait peser sur le Royaume du fait de son activisme dans le Golfe. Cet argument sur lequel la ministre revient longuement ne peut cependant être retenu. D'une part, il est bien connu que la distinction entre ces deux types d'usage des armes n'a pas grande signification. Pour cette raison, le seul usage défensif ne saurait constituer un critère légalisant les exportations d'armes et le TAC s'est bien gardé de retenir cette distinction. L'obligation de respecter et de faire respecter le droit international humanitaire ne doit pas s'apprécier en considérant les justifications de l'emploi de la force, ce qui relève du *jus ad bellum*, mais *in concreto* dans une situation donnée au cours de laquelle les Conventions de Genève et leurs Protocoles additionnels pourraient avoir été violés. Si l'on peut admettre que l'usage de certaines armes s'est opéré dans un but défensif (on peut ainsi parfaitement admettre que la mise en œuvre de la défense anti aérienne saoudienne le 7 mai 2018 pour intercepter des missiles tirés par les houthis sur le sud du Royaume constitue un usage défensif des systèmes d'armes utilisés), on ne voit pas en quoi les frappes des canons *Caesar* afin « d'accompagner la progression des troupes saoudiennes en territoire yéménite » (comme l'a noté le rapport de la Direction du renseignement militaire précité) contribue à une action en légitime défense. Et, dans tous les cas, celle-ci ne saurait justifier des violations du droit international humanitaire. On perçoit ainsi que l'argument de la légitime défense relève plutôt du champ stratégique que du champ juridique. La ministre des Armées, s'adressant à la représentation nationale, a manifestement choisi de privilégier le premier au détriment du second alors même que la rédaction des dispositions du Traité réglementant le commerce des armes (comme d'ailleurs celle de la Position commune de l'Union européenne) offrait la possibilité d'une argumentation juridique plus élaborée. Le texte ménage en effet aux Etats une large marge d'appréciation et de qualification des faits afin de leur permettre de déceler l'importateur d'armes vertueux et susceptible de le rester auquel les exportations devraient être destinées. Le texte, lorsqu'il s'adresse à eux, est écrit au conditionnel et comporte des formules qui mettent l'accent sur leur pouvoir discrétionnaire, dont la seule limite semble être le respect du principe de bonne foi et de la transparence.

C'est bien sur ces principes qu'en définitive, la ministre des Armées fondera son argumentation devant les députés, la rigueur du mécanisme de contrôle des exportations d'armes instauré par la France, conformément aux exigences du Traité réglementant le commerce des armes, étant fortement mise en avant. Contrôlé par le pouvoir exécutif (la licence d'exportation est demandée à la Direction Générale de l'Armement qui saisit la Commission interministérielle pour l'étude des exportations de matériels de guerre – CIEEMG - organe interministériel) mais seulement pour avis. La CIEEMG doit tenir compte de multiples facteurs, aussi bien « l'intérêt que peut représenter la demande d'exportation pour le maintien, voire la survie d'une filière industrielle » que les engagements internationaux de la France en tenant compte « des conséquences de l'exportation en question pour la paix et la sécurité régionales, de la situation intérieure du pays de destination finale et de ses pratiques en matière de respect des droits de l'Homme ». La ministre, « voulant mettre un terme à la fiction selon laquelle on vendrait des armes comme des baguettes de pain », souligne que la « politique de contrôle des ventes d'armement est stricte et repose sur une analyse au cas par cas » et que « les exportations d'armement à l'Arabie saoudite sont examinées dans ce cadre ».

Néanmoins, le mécanisme de contrôle, pour être efficace, doit être transparent, la recherche de la transparence étant l'un des objets et des buts du Traité réglementant le commerce des armes (article 1^{er}). Or, de l'avis même des députés français et des chercheurs, il demeure au contraire opaque. Les rapports ne rendent pas la désignation exacte des matériels suffisamment accessible pour déterminer quels systèmes d'armes ont été vendus à quel Etat et si des directives générales par pays et par équipements élaborées chaque année seraient susceptibles d'éclairer ces opérations, elles sont classées « confidentiel défense » voire « secret défense ». Il reste que pour le gouvernement, le strict respect des procédures du droit interne est le meilleur garant des engagements internationaux de la France, notamment au titre du Traité réglementant le commerce des armes. Et s'il est difficile, notamment pour les parlementaires, de s'en assurer du fait du manque de transparence de ces procédures, ils doivent néanmoins « faire confiance [au gouvernement] en matière d'exportation d'armes », « en raison de la robustesse [des] procédures » et de la nécessaire protection du secret-défense.

La réponse apportée aux députés quant à la légalité des exportations d'armes de la France vers l'Arabie saoudite dans le contexte du conflit au Yémen a donc été, comme on pouvait s'y attendre, avant tout politique. C'est sans doute ce que la plupart des députés attendaient, notamment les élus de circonscriptions où les industries de défense et de manière plus générale la défense sont le moteur de l'activité économique.

L'affaire Kashoggi, ayant quitté la scène médiatique, l'intérêt de l'opinion publique en France pour les ventes d'armes à l'Arabie saoudite s'est beaucoup émoussé. Le gouvernement s'est efforcé de verrouiller plus strictement l'information susceptible de filtrer à partir de l'administration militaire. Pour cela, une procédure judiciaire a été lancée contre des journalistes qui ont diffusé le document de la Direction du renseignement militaire, classifié « secret défense ». Il a fait en sorte, ensuite, d'empêcher toute manifestation publique autour de la question de la présence et de l'utilisation d'armes françaises dans le conflit au Yémen. Un cargo saoudien, le *Bahri Yanbu*, devait charger des armes dans le port du Havre pour assurer une livraison dans le cadre d'un contrat commercial avec l'Arabie saoudite. Des ONG avaient alors déposé un recours en urgence pour empêcher son départ du Havre au Tribunal administratif de Paris qui l'a rejeté, estimant que « l'autorisation de sortie douanière de ces armements ne crée pas un danger caractérisé et imminent pour la vie des personnes » et ne porte pas « une atteinte grave et manifestement illégale à la liberté fondamentale que constitue le droit au respect de la vie ». Pour éviter les manifestations, le cargo qui mouillait depuis plusieurs jours au large, n'a finalement pas été autorisé à faire escale au Havre et a continué sa route.

Il n'est dès lors pas étonnant que la proposition de résolution présentée à l'Assemblée Nationale le 15 juillet 2019 par Mme Marie-France Lohro, députée, invitant le Gouvernement à proposer un moratoire sur les licences d'exportations d'armement vers l'Arabie Saoudite, soit passée largement inaperçue.

L.B.

AZERBAÏDJAN – FRANCE

**Le Haut-Karabakh et l'action extérieure des collectivités -
Chartes d'amitiés entre collectivités locales et étrangères**

2019/4.66 – Par un jugement en date du 6 juin 2019, le tribunal administratif de Grenoble a annulé la Charte d'amitié conclue entre la ville de Valence et celle de Stepanakert, considérant qu'une telle charte devait « être regardée comme une convention d'intention qui porte reconnaissance, par la commune de Valence, de la « République du Haut-Karabagh », alors que l'Etat français, comme l'ensemble de la communauté internationale, refuse de reconnaître cette entité ». Le juge ayant conclu que la charte d'amitié contestée portait « sur un *objet étranger aux attributions de la commune de Valence* » et devait pour cette raison « être déclarée nulle et non avenue ». La commune de Valence n'est pas la seule à avoir été sanctionnée par le juge pour avoir tenté de développer des échanges culturels avec les autorités du Haut-Karabakh (sont aussi concernées les Communes d'Arnouville, de Bourg-lès-Valence, de Bourg-de-Péage, ou encore de Saint-Etienne).

Rappelons que depuis son accession à l'indépendance le 29 janvier 1991, l'Azerbaïdjan est aux prises avec une partie de son territoire, le Haut-Karabakh, région du sud-ouest du pays, rattachée à l'Azerbaïdjan en 1921 par Staline et auto-proclamée indépendante le 6 janvier 1992. Après deux années de guerre et l'instauration d'un cessez-le-feu en 1993, la situation du Haut-Karabakh n'est toujours pas réglée. Dans les faits, la République d'Artsakh (le Haut-Karabakh) tend à exister comme telle. Elle possède un territoire (la guerre ayant contribué à délimiter militairement les frontières de ce territoire) avec sa capitale – Stepanakert ; un peuple (les arméniens du Haut-Karabakh étant historiquement distincts des azerbaïdjanais) et des institutions propres (un gouvernement dirigé par son Président – Bako Sahakian – réélu en juillet 2017).

Tenue d'adopter une position de médiateur impartial dans ce conflit – en raison notamment de sa participation au groupe de Minsk – la France s'est trouvée en difficulté lorsque certains de ses maires ont signé des chartes d'amitié avec des villes situées dans la région disputée. Si le statut du Haut-Karabakh reste à ce jour encore indéterminé, nous voudrions aborder ici les répercussions internes qu'un tel conflit peut entraîner. Ces affaires soulèvent différentes questions quant à la nature juridique de ces chartes d'amitiés. La première porte sur le formalisme auquel elles doivent répondre : sont-elles des actes relevant des dispositions de l'article L. 2131-1 du code général des collectivités territoriales (ci-après CGCT) et doivent-elles être soumises au contrôle de légalité ? La seconde concerne le contenu même de ces chartes : valent-elles reconnaissance *de facto* des autorités du Haut-Karabakh *en tant qu'*autorités étatiques et doivent-elles être pour cette raison considérées comme contraire aux engagements internationaux de la France ? De façon plus générale enfin, que disent ces jugements de la liberté d'action des élus locaux en matière de coopération décentralisée ?

Qu'est-ce qu'une charte d'amitié ? - Les chartes d'amitiés se sont développées avec l'essor de la coopération décentralisée, c'est-à-dire de l'action internationale des collectivités territoriales. Cette coopération est régie par le chapitre V du code général des collectivités territoriales (ci-après CGCT) qui définit les modalités de ce qu'il est convenu d'appeler « l'action extérieure des collectivités », celle-ci pouvant se matérialiser sous diverses formes, allant du simple jumelage à la conclusion de

conventions avec des collectivités étrangères. L'article L. 1115-1 dispose de cette façon que « dans le respect des engagements internationaux de la France, les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent mettre en œuvre ou soutenir toute action internationale annuelle ou pluriannuelle de coopération, d'aide au développement ou à caractère humanitaire ». Il ajoute qu'« à cette fin, les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent, *le cas échéant* (nous soulignons), conclure des conventions avec des autorités locales étrangères », avant de préciser que « ces conventions...entrent en vigueur dès leur transmission au représentant de l'Etat dans les conditions fixées aux articles L. 2131-1, L. 2131-2 (pour les communes), L. 3131-1, L. 3131-2 (pour les départements), L. 4141-1 et L. 4141-2 (pour les régions). Les articles L. 2131-6, L. 3132-1 et L. 4142-1 leur sont applicables ». A la lecture de cet article, nous comprenons que les collectivités peuvent développer des liens avec des collectivités étrangères de façon informelle – il s'agit dans ce cas des jumelages, des déclarations d'intentions (et des chartes d'amitiés ?) – et de façon plus formelle, au moyen de conventions. Sont donc soumises aux dispositions des articles L. 2131-1 et suivants du CGCT (c'est-à-dire à une obligation de publicité et de transmission de l'acte au représentant de l'Etat), les seules *conventions* conclues par les communes dans le cadre de leur action extérieure. L'article L. 2131-2 précisant par ailleurs la liste des actes relevant de l'article L. 2131-1, parmi lesquels sont citées en premier « les délibérations du conseil municipal ». Il est possible de définir la délibération d'une assemblée locale (qu'elle soit municipale, départementale, ou régionale) comme l'aboutissement juridique d'une discussion menée par le conseil d'une assemblée locale. En ce sens, les délibérations du conseil municipal sont de véritables décisions faisant grief, c'est-à-dire qu'elles visent à modifier la situation juridique de leurs administrés et le contrôle de légalité qui leur est appliqué apparaît donc tout à fait justifié.

Qu'en est-il des chartes d'amitiés ? Jusqu'à présent, les collectivités pouvaient conclure des chartes d'amitiés sans délibération de leur organe délibérant, dans la mesure où de telles chartes, au caractère hautement symbolique, se contentaient de proclamer l'existence d'une amitié entre deux villes données. Aucun formalisme n'était ainsi imposé aux collectivités pour l'élaboration de ces chartes. A l'instar de celle conclue entre la Ville d'Arnouville et celle de Tcheker (annulée par un jugement en date du 29 mai dernier par le tribunal administratif de Pontoise), les villes s'engagent « dans une relation de fraternité reposant sur le respect mutuel et sur les valeurs universelles qu'elles partagent, à savoir la paix, la liberté, les droits de l'homme, la démocratie et la laïcité », dans une « coopération [devant] favoriser les échanges et les retours d'expérience dans les domaines de la gouvernance, de l'économie, de l'éducation, de la culture et du patrimoine, du sport et de la gastronomie ». Selon le témoignage du maire de la ville d'Arnouville, cette charte d'amitié ne comportait aucun aspect économique (elle était sans incidence sur les recettes de la commune) et avait été mise en œuvre au moyen d'une délibération « sous forme de vœu ». Ainsi que l'expliquait M. Bertrand Fort, délégué pour l'action extérieure des collectivités territoriales au ministère des Affaires étrangères lors de son audition devant la Commission des lois de l'Assemblée nationale, le 16 novembre 2016 (<http://www.assemblee-nationale.fr/14/pdf/cr-miazerb/16-17/c1617012.pdf>), « Une charte d'amitié n'a aucune valeur juridique dès lors qu'elle ne fait pas l'objet d'une décision de la part d'une assemblée délibérante » et d'ajouter « lorsque le document signé n'est pas validé par le conseil municipal, départemental ou régional, il n'a aucune valeur juridique : c'est une déclaration politique. Or, en France, les autorités locales ont le droit de faire des

déclarations politiques ». Juridiquement, la conclusion de telles chartes pouvait donc intervenir sans délibération du conseil municipal (comme ce fut le cas pour les villes d'Arnouville et de Valence), dans la mesure où elles ne sont pas des actes faisant grief. C'est ce même raisonnement que proposait d'adopter la mission d'information sur les relations politiques et économiques entre la France et l'Azerbaïdjan dans son rapport en date du 15 février 2017 (rapport d'information de M. Jean-Louis Destans, fait au nom de la mission d'information, <http://www.assemblee-nationale.fr/14/rap-info/i4511-tl.asp>). Notant que la « coopération décentralisée des collectivités pouvait prendre des formes très diverses » (conventions, échanges de lettres, chartes d'amitié ou de solidarité...) et qu'il « n'existe pas de codification de ce type d'échanges » la mission, suivant les recommandations de Bertrand Fort, proposait de distinguer entre « des *actes pris en assemblée délibérante* de collectivités territoriales [et] des *déclarations politiques* ou des actes signés *qui ne feraient pas l'objet de délibération d'un conseil municipal* » (voir p. 75 et s., nous soulignons). Dans le premier cas, ces actes devaient être soumis à l'obligation de transmission en vertu des articles L. 2131-1 et 2 du CGCT ; dans le second, aucune obligation de transmission n'était requise : ces actes étant non décisives.

C'est une autre interprétation que préconise la circulaire du 24 mai 2018 du ministère de l'Intérieur et du ministère de l'Europe et des Affaires étrangères. Rappelant le « cadre juridique de l'action extérieure des collectivités territoriales et de son contrôle », la circulaire indique que « l'ensemble des actes que les collectivités territoriales et leurs groupements sont amenés à prendre dans (le domaine de l'action extérieure), y compris les actes pris sous formes de vœux qui ne font pas grief, doivent être transmis au préfet en vue du contrôle de légalité. Dans ce cadre, il n'y a pas de distinction à opérer entre les délibérations qui emportent des effets juridiques et celles adoptées sous forme de vœux, les proclamations d'amitié ou les motions de soutien dépourvues de portée normative qui ne font pas grief ». Elle ajoute que « l'ensemble de ces actes constituent des *délibérations au sens large* et peuvent être portés devant le juge administratif, par déféré préfectoral » (circulaire disponible à l'adresse suivante : http://circulaires.legifrance.gouv.fr/pdf/2018/05/cir_43376.pdf, p. 12, nous soulignons).

Interrogé à ce sujet le 23 janvier 2019, le Ministre de l'Intérieur concédait bien volontiers le flou juridique qui régnait au sujet des chartes d'amitiés : « Vous nous demandez si une charte d'amitié constitue un acte juridique pouvant faire l'objet d'un recours devant le tribunal au titre de l'article L. 2131-6 du code général des collectivités locales. Il s'agit aujourd'hui d'un problème d'interprétation juridique... »

Seule une jurisprudence pourrait nous éclairer davantage » (<https://www.senat.fr/questions/base/2018/qSEQ18110534S.html>). Par les deux jugements rendus en avril et mai dernier, le juge administratif a tranché la question en accueillant favorablement les déférés préfectoraux mis en œuvre en vertu de l'article L.2131-6 du CGCT.

Ces chartes d'amitiés contrevenaient-elles aux engagements internationaux de la France ?

1°) Ces chartes ne valent pas reconnaissance des autorités auto-proclamées du Haut-Karabakh. Pour annuler la charte d'amitié entre la ville de Valence et la commune de Stepanakert, le tribunal administratif de Grenoble a considéré que la charte devait « être regardée comme une convention d'intention qui porte reconnaissance, par la commune de Valence, de la « République du Haut-Karabagh », alors que l'Etat français, comme l'ensemble de la communauté internationale, refuse de reconnaître cette entité ». Si le

juge a notamment relevé « que la commune de Valence salue dans la charte d'amitié en litige l'action de la « République du Haut-Karabagh », que le ministre des Affaires étrangères de cette entité en est le signataire... » (TA Grenoble, *Préfet de la Drôme c/ commune de Valence*, n° 1805726, consid. 4), son raisonnement aboutit cependant à considérer que l'acte communal aurait une incidence dans l'ordre international. Cette interprétation ne semble pas convaincante pour deux raisons. Premièrement, la reconnaissance « est un acte discrétionnaire que les Etats peuvent effectuer au moment de leur choix, sous la forme qu'ils décident et librement, sous la seule réserve du respect dû aux normes impératives du droit international général... » ainsi que le rappelle la Commission d'arbitrage de la Conférence européenne pour la paix en Yougoslavie, dans son avis n° 10, du 4 juillet 1992 (voir cette *Revue*, vol. 96, n°1, 1992, p. 264). La reconnaissance vise donc avant tout à établir des relations inter-étatiques, et requiert des Etats la capacité à établir de telles relations. En l'espèce, même si la ville de Valence avait entendu se lier à la République du Haut-Karabakh (en reconnaissant son existence en tant qu'Etat indépendant), elle ne pouvait pas, par sa seule signature, produire – ni même espérer produire – un quelconque effet dans l'ordre international ; la reconnaissance ne pouvant être le fait que d'un Etat. Ensuite, et c'est le second point que nous voudrions souligner, la charte d'amitié ne pouvait pas valoir reconnaissance de facto de la République d'Artsakh dans la mesure où l'autorité l'ayant signé n'a pas la capacité à agir dans l'ordre international. Selon la définition donnée par les Pr Jean Combacau et Serge Sur, la capacité est l'« aptitude donnée ou reconnue à un sujet d'agir dans l'ordre juridique duquel il la tient, soit en produisant du droit (capacité substantielle), soit en usant des voies légales destinées à le réaliser effectivement (capacité processuelle) » (*Droit international public*, LGDJ, 12^{ème} éd., p. 236). Or, il est constant qu'une commune ne peut pas agir dans l'ordre juridique international, soit pour en modifier les règles, soit pour en établir de nouvelles. Sans capacité, une commune est donc – dans l'ordre international – dénuée de toute personnalité juridique. Comme l'explique le Pr Joe Verhoeven, « le critère de la capacité internationale d'exercice est celui qui est le plus souvent invoqué pour affirmer ou dénier la personnalité internationale » (Joe Verhoeven, « La reconnaissance internationale, déclin ou renouveau ? » *AFDI* 1993, p. 18). Dès lors, l'encouragement verbal d'un maire français pour l'action des autorités du Haut-Karabakh n'a aucun effet juridique contraignant sur le Gouvernement et sur sa décision de ne pas reconnaître le Haut-Karabakh en tant qu'Etat indépendant.

2°) Ces chartes ne sont pas contraires aux engagements internationaux de la France. Dans le Livre blanc « Diplomatie et territoires », paru le 29 mars 2017 (fruit d'une collaboration entre la Commission nationale de la coopération décentralisée, le ministère des Affaires étrangères, et les Présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat https://www.diplomatie.gouv.fr/IMG/pdf/livre_blanc_diplomatie_et_territoires_cle01a131.pdf; voir p. 35 et suivant notamment), trois caractéristiques de l'action extérieure des collectivités sont présentées. La première rappelle les dispositions de l'article L.1115-1 du CGCT qui impose « le respect des engagements internationaux de la France ». En l'espèce, les signataires de ces chartes d'amitiés se limitaient à proclamer leur attachement à l'amitié entre les peuples et aux droits de ces derniers à disposer d'eux-mêmes. En ce sens, les chartes ne faisaient que reprendre les termes de la résolution 2625 (XXV) du 24 octobre 1970 de l'AGNU, relative aux « relations amicales entre les peuples », qui proclame le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et dont la France est signataire. La seconde

caractéristique pose le « principe subsidiaire qui en découle » : celui de la « non-contradiction avec les orientations explicites de notre diplomatie ». Dans le conflit du Haut-Karabakh, nous savons que la France est signataire de la résolution 884 du Conseil de sécurité des Nations unies du 12 novembre 1993, qui réaffirme les résolutions 822 (1993), 853 (1993) et 874 (1993) au sujet du respect de l'intégrité territoriale de l'Azerbaïdjan. La troisième caractéristique de l'action extérieure des collectivités indique en outre que « la loi française, à la différence de la plupart des législations étrangères, même dans des pays fédéraux ou très décentralisés, *n'implique pas d'obligation de conformité positive avec la politique étrangère de la France* ». Au regard des derniers jugements des tribunaux administratifs, la question se pose de connaître l'étendue réelle de cette absence de « conformité positive ». En effet, alors que le juge considérait que « la commune de Valence pren(ait) sciemment position dans une affaire relevant de la politique extérieure de la France, pour la définition de laquelle l'Etat dispose d'une compétence exclusive » (TA de Grenoble, *Préfet de la Drôme c/ commune de Valence* précité), nous pensons au contraire que, dans la mesure où les collectivités n'ont pas l'obligation de se conformer positivement à la politique étrangère du gouvernement et que la France est tenue à une position de *médiateur impartial* dans ce conflit, ces chartes d'amitié ne paraissent pas porter atteinte à l'une de ces trois caractéristiques. Elles semblaient, au contraire, y correspondre parfaitement dans la mesure où elles ne sont que de simples déclarations politiques.

3°) Quel avenir pour l'action extérieure des collectivités ? En accueillant favorablement les déférés préfectoraux à l'encontre de ces chartes sur le fondement de l'article L.2131-6, le juge a considéré que les chartes d'amitiés faisaient parties de la liste des actes soumis à obligation de transmission en vertu de l'article L.2131-2 du CGCT. Autrement dit, le juge administratif a interprété ces chartes comme des actes administratifs faisant griefs, quelle que soit par ailleurs leurs conditions d'élaboration. Dans ces jugements, si le juge applique les préconisations de la circulaire de 2018, il n'en opère pas moins un glissement sémantique qui le conduit à ne plus distinguer la charte – d'amitié – de la convention telle que visée à l'article L1115-1 du CGCT. Cette interprétation devait ensuite conduire le juge à interroger la validité de ces actes au regard « des engagements internationaux de la France », dans la mesure où il est interdit aux collectivités de passer des engagements contraignants contraires à la politique étrangère du gouvernement. Le tribunal administratif de Cergy-Pontoise a en effet considéré que la charte devait « être regardée comme portant sur une affaire relevant de la politique internationale de la France et de son intervention dans un conflit de portée internationale, qui relève de la compétence exclusive de l'Etat ». Que « par suite, elle excède(ait) les compétences du maire d'Arnouville » (TA de Cergy-Pontoise, *Préfet du Val-d'Oise*, n°1902445, consid. 8). Quelle portée accorder à ces jugements quand on sait par ailleurs que la ville de Nice a conclu avec la ville de Yalta une charte d'amitié similaire aux chartes attaquées ? Le 29 février 2016, le maire de la ville a en effet renouvelé le jumelage de sa ville avec celle de Yalta – située en Crimée alors que la région a été en proie aux affrontements que l'on sait et ont donné lieu à des sanctions. Dans le cas de la ville de Nice, la signature d'une lettre d'intention renouvelant son jumelage avec Yalta ne valait-elle pas *reconnaissance des autorités de Crimée, alors que l'Etat français, comme l'ensemble de la communauté internationale, refuse de reconnaître cette entité* ? Indigné, le gouvernement Ukrainien avait d'ailleurs sollicité des explications de la part du maire de Nice. Ce dernier avait affirmé la poursuite de « ces relations amicales, quel que soit le régime, comme par le passé » (<https://www.20minutes.fr/nice/1799335-20160303-nice->

reception-maire-yalta-christian-estrosi-vivement-critiquee-ukraine). Interrogé à ce sujet par la Commission des lois de l'Assemblée nationale, Bertrand Fort considérait que « la charte d'amitié passée avec Yalta n'a(vait) pas fait l'objet d'une délibération du conseil municipal de Nice. Il s'agi(ssait) donc d'une prise de position politique du maire de Nice qu'il ne (lui) appartena(it) pas de juger, les élus français étant parfaitement en droit d'adopter les postures politiques qu'ils souhaitent » (rapport de la mission d'information, *op. cit.* p. 8). Les derniers jugements des tribunaux administratifs doivent-ils amener à reconsidérer la liberté dont jouissaient les élus locaux de porter un regard indépendant sur la politique extérieure du Gouvernement ? Il faudra attendre un peu pour y répondre. Pour l'heure, le Maire d'Arnouville a décidé d'interjeter appel de la décision, ce qui ne devrait pas manquer de relancer le débat sur l'action extérieure des collectivités.

J.V.

DANEMARK – ETATS-UNIS

Proposition du Président américain D.J. Trump d'acheter le Groenland au Danemark

2019/4.67 – On sait que le Président des Etats-Unis d'Amérique, D.J. Trump, l'homme le plus riche de l'histoire de ce pays à accéder à la fonction suprême, possède un vaste patrimoine immobilier (B. Alvarez, « Ce que possède vraiment Donald Trump », *Ouest France* du 26 juin 2017). Telle est peut-être la raison pour laquelle il a récemment émis l'hypothèse d'acheter le Groenland au Danemark, d'abord plus ou moins sérieusement (v. R. Salama, A. Ballhaus, Restuccia et M.C. Bender, « President Trump Eyes a New Real-Estate Purchase : Greenland », *The Wall Street Journal*, 16 août 2019) puis, semble-t-il, de manière tout à fait certaine (« Trump confirme qu'il aimerait acheter le Groenland », *Le Monde* du 19 août 2019). Qualifiée d'« absurde » par la Première ministre danoise, une réaction « méchante » selon M. Trump (« Vente du Groenland : Donald Trump dénonce le ton "méchante" du Danemark », *L'Express* du 22 août 2019) qui en a pris prétexte pour annuler une visite prévue au Danemark, la proposition n'est cependant pas inédite : elle avait déjà été formulée, en 1946 notamment, par le *Secretary of States* américain James Bymes, qui proposa cent millions de dollars en lingots d'or au Danemark pour l'achat de l'île (W. Dale Nelson, « Wanna buy Greenland? The United States once did », *Associated Press News*, May 2, 1991, <https://tinyurl.com/apnewsgreenland>).

La proposition du Président Trump est l'occasion de revenir rapidement sur l'histoire de l'île, de sa possession, parfois contestée, et de son statut, mais également sur les questions de droit international que soulève l'« achat », par un Etat, d'une partie du « territoire » d'un autre Etat.

Quoique peuplé de moins de soixante mille habitants, le Groenland est, par sa superficie, la deuxième plus grande île du monde, située au croisement de nombreux enjeux géostratégiques (H. Baudu, « Arctique : nouvelles routes maritimes, nouveaux enjeux stratégiques », *Parole d'expert*, vie-publique.fr, 1^{er} juillet 2019, <https://tinyurl.com/bauduarctique>). L'histoire de son statut juridique est riche et complexe, et rien ne vaut, pour en saisir l'essentiel, la lecture de l'arrêt rendu en 1933 par la CPJI, qui en constitue un long exposé (CPJI, *Statut juridique du Groënland oriental (Norvège c. Danemark)*, arrêt du 5 avril 1933, Série A/B, <https://tinyurl.com/cpjigroenland>).

Il ressort de celui-ci que le statut juridique de l'île est marqué par une assez grande indétermination, à tout le moins jusqu'au XIX^{ème} siècle. Avant cette date et après une période de peuplement viking et inuit, les prétentions sont norvégiennes et danoises. Elles sont cependant difficiles à distinguer et à départager car, d'une part, les royaumes de Norvège et du Danemark sont réunis sous une même couronne entre 1380 et 1814 et, d'autre part, les contacts avec les habitants sont très épisodiques. Il faut attendre le XVIII^{ème} siècle et l'essor des compagnies de commerce, munies de privilèges royaux, pour que soient créées au Groenland des colonies, parfois administrées par ces compagnies elles-mêmes, parfois par le royaume du Danemark-Norvège directement. Ce n'est qu'en 1814 que le statut de l'île s'éclaircit et se stabilise : après la guerre de 1813 entre le Danemark et la Suède, le premier est contraint de céder la Norvège à la seconde. Pour autant, l'article 4 du Traité de Paix de Kiel, par lequel cette cession est opérée, réserve au Danemark la souveraineté sur le Groenland (voy. pp. 30-31 de l'arrêt de la CPJI précité pour un extrait de cet article). La Norvège maintient néanmoins un certain nombre de revendications sur certaines parties de l'île, dont la CPJI refusera d'établir le bien-fondé en 1933.

Depuis lors, le Groenland est ainsi assurément inclus dans les frontières danoises, en partie délimitées par la CIJ en 1993 (CIJ, *Affaire de la délimitation maritime dans la région située entre le Groenland et Jan Mayen (Danemark c. Norvège)*, arrêt du 14 juin 1993, *Rec.* 1993, p. 38, <https://tinyurl.com/cijgroenland> ; *AFDI* 1993, comm. E. Decaux, p. 495 et s.). L'île y jouit d'une très large autonomie juridique et politique, encore renforcée en 2008 (O. Truc, « Le Groenland renforce son autonomie et ouvre la voie à son indépendance », *Le Monde* du 25 décembre 2008), qui doit le mener vers l'indépendance (J. Fernandez, « A propos des conditions d'accession à l'indépendance du Groenland *Kalaallit Nunaat* », *AFDI* 2010, pp. 413-435). En effet, si la défense nationale, la justice et la politique monétaire relèvent de la seule compétence danoise, le Groenland est exclusivement compétent dans des domaines aussi vastes et importants, notamment, que la police, la gestion des ressources naturelles, la sécurité sociale ou encore l'éducation (voy. Sénat, « Le statut des îles européennes – Danemark », <http://www.senat.fr/lc/lc73/lc731.html>). Il jouit également, sous certaines conditions, de compétences en matière de négociations et de diplomatie internationales, voire de conclusions d'accords avec des Etats étrangers (v. G. Giraudeau, « Les compétences internationales des entités territoriales autonomes », *AFDI* 2010, spéc. p. 179 pour les accords internationaux). En un épisode souvent oublié en ces temps de « Brexit », le Groenland est également sorti de la communauté économique européenne en 1985, après un référendum en ce sens organisé en 1982. Il est désormais un « pays et territoire d'outre-mer » simplement associé à l'UE (article 198 TFUE). Le Groenland est ainsi aujourd'hui une île à la situation stratégique, dotée d'un statut juridique spécifique. Elle est par ailleurs peuplée en majorité d'Inuits, peuple autochtone au sens de la Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones de 2007 (A/RES/61/295) ce qui n'est pas sans conséquence sur l'analyse juridique d'une éventuelle cession, par le Danemark, du Groenland à un autre Etat.

Certes, la « cession de territoire » – qui est plutôt, à proprement parler, le transfert du titre territorial que détient un Etat, sur une zone déterminée, à un autre Etat – n'appelle guère de développements du point de vue du droit international. L'Etat souverain disposant librement de son titre territorial, peut le céder sans difficulté à l'un de ses pairs. L'histoire du Danemark et des Etats-Unis l'atteste largement : cession de la Norvège à la Suède par le

Danemark en 1814, cession du titre territorial français sur la Louisiane aux Etats-Unis en 1803 (<https://tinyurl.com/louisianatreaty>) ou encore du titre mexicain sur une partie de ce qui est aujourd'hui le Sud de l'Arizona et le Sud-Ouest du Nouveau-Mexique (<https://tinyurl.com/mexicotreaty>). Le consentement des habitants à la cession envisagée n'est en outre pas requis par les règles internationales – mais peut l'être bien évidemment par le droit interne, comme c'est d'ailleurs le cas en l'espèce (la Constitution danoise exige en effet en son article 19 le consentement du législateur à toute extension ou réduction de territoire. En outre, l'article 28 prévoit l'élection au Parlement (*Folketing*) de deux membres élus au Groenland : une cession supposerait ainsi nécessairement une révision constitutionnelle : <https://tinyurl.com/constitutiondanemark>).

S'il est vrai que les exemples de cessions territoriales sans consentement des populations concernées se sont raréfiés à mesure que progressaient les constructions étatiques démocratiques et non-patrimoniales, elles demeurent néanmoins tout à fait licites – à moins toutefois qu'une règle internationale spéciale ne vienne les compliquer. Tel pourrait être le cas, concernant le Groenland, de la Déclaration précitée sur les droits des peuples autochtones, peuples dont les Inuits font partie et en faveur de laquelle le Danemark a voté (<https://tinyurl.com/denmarkdrip>). En effet, en vertu de son article 2a), la Déclaration prévoit que « les Etats mettent en place des mécanismes de prévention et de réparation efficaces visant : [...] tout acte ayant pour but ou pour effet de déposséder [les peuples autochtones] de leurs terres, territoires ou ressources ». L'article 26 précise par ailleurs que « les peuples autochtones ont le droit aux terres, territoires et ressources qu'ils possèdent et occupent traditionnellement ou qu'ils ont utilisés ou acquis ». Ces droits placent ainsi les peuples autochtones dans une situation spécifique lorsque l'Etat sur le territoire duquel ils sont établis entend transférer son titre territorial à un autre Etat : leur consentement doit être obtenu. On peut douter que l'argument fasse trembler Donald Trump (voy. ainsi récemment, concernant la position du Président américain à l'égard des peuples autochtones « Trump prefers 'Columbus Day' over 'Indigenous Peoples' Day », *France 24*, 16 octobre 2019). On peut être certain qu'il conforte, par contre, le refus du Danemark – et des peuples autochtones du Groenland – d'accepter sa proposition de cession (dans le même sens, S. Olsvig, « Greenland cannot be bought as it is not for sale », *International Work Group for Indigenous Affairs (IWGIA)*, Aug. 26, 2019, <https://tinyurl.com/iwgiagreenland>).

T.F.G.

ETATS-UNIS – ORGANISATION DES NATIONS UNIES – RÉPUBLIQUE BOLIVARIENNE DU VENEZUELA

Nouvelles sanctions économiques et condamnations par les Nations Unies

2019/4.68 – Le 5 août 2019, le Président des Etats-Unis Donald Trump adopte le décret présidentiel 13884 dans le but de prendre « des mesures supplémentaires conformément à la situation d'urgence nationale déclarée dans le décret 13692 du 8 mars 2015 » (v. *infra* le décret reproduit dans la partie « Documents » p. 1079. Les Etats-Unis décident de renforcer les sanctions économiques adoptées contre le Venezuela en continuant d'invoquer des considérations de sécurité nationale (cette « Chronique », n° 2018/1.10 pour un « état des lieux des 'sanctions' récemment adoptées par les Etats-Unis » ; plus récemment, voir la synthèse réalisée par le Congrès le 22 août 2019 :

<https://fas.org/sgp/crs/row/IF10715.pdf>). Le Président du Venezuela autoproclamé, Juan Guaido, rappelle que ces sanctions « ne sont pas prises contre le Venezuela mais contre le régime » (*Le Monde*, 07/08/2019, « Colère au Venezuela après les sanctions américaines drastiques »). Des réserves ont pourtant été émises par plusieurs organes des Nations Unies à propos de ces mesures.

Présentation des nouvelles sanctions - S'agissant de leur teneur, elles ont principalement pour objet le gel des avoirs et des biens du Gouvernement du Venezuela se situant aux Etats-Unis (section 1 du décret), ainsi que ceux de toute personne ayant assisté les individus figurant sur la liste des « *Specially Designated Nationals and Blocked Persons* » (section 2(b)(i)). Le décret permet ensuite l'émission de sanctions secondaires (se manifestant sous la forme de sanctions financières et de restrictions aux visas) sur les ressortissants non-étatsuniens. Ces mesures « pourraient entraîner des sanctions étatsuniennes sur des sociétés d'énergie en *joint ventures* avec la *Petróleos de Venezuela SA* (PdVSA), ayant permis à l'industrie pétrolière vénézuélienne de prospérer » (document du congrès, *op cit.*, p. 2).

Enfin, des exemptions humanitaires sont prévues et assurent que rien ne devrait empêcher les « transactions relatives à la provision de nourritures, vêtements, et médicaments destinées à soulager les souffrances de la population ». Le Bureau de Contrôle des Avoirs Etrangers (OFAC sous son acronyme anglais) a publié des lignes directrices concernant l'application de ces exemptions, afin de garantir aux citoyens vénézuéliens qu'ils ne souffrent pas de la crise économique dont « le Président Maduro est le seul responsable » (<https://home.treasury.gov/news/press-releases/sm752>). A propos des exemptions, le Haut-Commissaire aux Droits de l'Homme n'a pas hésité à affirmer qu'elles ne suffisent pas à neutraliser les effets négatifs des sanctions sur la population puisqu'elles « sont extrêmement larges et ne contiennent pas suffisamment de mesures pour atténuer leur impact sur les couches les plus vulnérables de la population » (<https://news.un.org/fr/story/2019/08/1049341>).

A y regarder de plus près, il est vrai que les « *general licenses* » émises par l'OFAC sont entendues assez largement (https://www.treasury.gov/resource-center/sanctions/Programs/Documents/20190805_vz_humanitarian_guidance.pdf). Par exemple, la licence générale 4C prévoit ceci : « (a) *Except as provided in paragraph (b) of this general license, the following transactions are authorized, provided that they are ordinarily incident and necessary to the exportation or reexportation of agricultural commodities, medicine, medical devices, replacement parts and components for medical devices, or software updates for medical devices to Venezuela, or to persons in third countries purchasing specifically for resale to Venezuela* » (https://www.treasury.gov/resource-center/sanctions/Programs/Documents/venezuela_gl4c.pdf). Ce recours à la « nécessité » et à « l'ordinaire » est peu commun. On le retrouve pourtant dans l'ensemble des licences générales émises par l'OFAC, et il fait appel à ce qui est censé relever de l'évidence. Ce renvoi inquiète en ce qu'il peut se traduire par l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire limitant l'efficacité des exemptions. Si l'alinéa (c) donne les définitions des produits mentionnés dans la licence, jamais l'OFAC ne donne une liste précise des biens tombant sous le coup de l'autorisation. L'on retrouve alors les problématiques habituelles des exemptions humanitaires déjà identifiées lors de l'imposition des sanctions des Nations Unies contre l'Irak en 1990 (voyez Hans von Sponeck, *A Different Kind of War: The Un Sanctions Regime in Iraq*, Berghan Books, 2006). C'est-à-dire que l'on se trouve face

l'affichage d'une volonté étatique d'assouplir les sanctions économiques grâce à un mécanisme d'exemptions sans parvenir à ses fins, faute d'une liste précisant les biens dont l'exportation est autorisée, ou mieux, interdite (permettant de déduire *a contrario* la légalité de l'exportation de tout bien ne tombant pas dans cette liste). En l'absence d'une telle énumération, l'acheminement de biens ayant pourtant une finalité humanitaire pourra être bloqué ou sanctionné par les Etats-Unis.

L'OFAC ne se contente pas d'autoriser l'exportation de certains biens, mais elle permet aussi à quelques organisations internationales et non gouvernementales, de réaliser toutes activités au Venezuela. Plutôt que de prévoir des actions ayant une vocation humanitaire, les Etats-Unis délèguent cette mission aux Nations Unies et à ses organes subsidiaires (voyez la licence générale n°20A). En d'autres termes, les exemptions ne sont pas réellement des mesures impliquant une intervention positive des Etats-Unis. Elles incarnent plutôt une politique de « laissez-faire » à vocation humanitaire, strictement encadrée cependant.

Les sanctions prétendent poursuivre deux objectifs difficilement conciliables : assurer le bien-être de la population tout en renforçant la crise économique que traverse le Venezuela aux fins de renverser le régime de Maduro. C'est justement ce que divers organes onusiens critiquent.

Critiques des sanctions par les Nations Unies - Le Rapporteur spécial sur les effets négatifs des mesures coercitives unilatérales, M. Idriss Jazairy, avait déjà condamné les sanctions adoptées par les Etats-Unis à l'encontre du Venezuela. Après qu'elles aient été étendues à l'industrie pétrolière le 28 janvier 2019, le Rapporteur affirmait que « le recours aux sanctions par les puissances extérieures aux fins de renverser un gouvernement élu constitu[ait] une violation de toutes les règles du droit international » (<https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=24131&LangID=E>).

Les Etats-Unis ont décidé de passer outre cette condamnation en décidant de sanctionner la Banque centrale du Venezuela le 17 avril 2019. Ces nouvelles mesures empêchent le Gouvernement de commercer en utilisant le dollar comme monnaie de référence (<https://www.state.gov/the-united-states-sanctions-the-central-bank-of-venezuela/>). Le Rapporteur spécial réplique, le 6 mai 2019, en soulignant qu'il est « difficile de comprendre comment des mesures ayant pour effet de détruire l'économie [peuvent] avoir pour objectif 'd'aider la population vénézuélienne' » (<https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=24566&LangID=E>). Dans cette même intervention, M. Idriss Jazairy se réfère à un rapport d'avril 2019 estimant le nombre de mort du fait des sanctions à 40 000 personnes (<http://cepr.net/images/stories/reports/venezuela-sanctions-2019-04.pdf>). Tout en notant que la crise économique préexistait à l'adoption des sanctions, le Haut-Commissaire soutient qu'elles « ont exacerbé les effets de cette crise catastrophique – et par extension de la situation humanitaire – étant donné que l'essentiel des recettes en devises provient des exportations de pétrole, dont beaucoup sont liées au marché américain » (<https://news.un.org/fr/story/2019/08/1049341>).

Les nouvelles sanctions imposées à la PdVSA, vont réduire drastiquement la production pétrolière et *in fine*, l'exportation journalière de barils de pétrole. Alors que le volume d'exportation avait déjà chuté à la suite des sanctions de janvier 2019, celles du mois d'août devraient accélérer cette chute (l'exportation était passée d'1,5 millions de barils par jour en octobre 2018 à 933 000 barils en février 2019). Ce ralentissement est

provoqué par le choix qu'imposent les sanctions du mois d'août 2019 aux entreprises étrangères, décrit par l'ancien Conseiller à la sécurité nationale, John Bolton : « faire affaires avec le Venezuela ou avec les Etats-Unis » (<https://www.reuters.com/article/us-venezuela-oil-sanctions/pdvs-a-partners-fear-reach-of-latest-u-s-sanctions-on-venezuela-sources-idUSKCN1V4222>). Réduire l'exportation d'un produit dont un Etat est dépendant économiquement ne peut qu'avoir pour conséquence d'aggraver l'inflation qui avait déjà atteint 130 060% en 2018 (*Le Monde*, « Au Venezuela, l'inflation a été de 130 060% en 2018 », 29/05/2019).

M. de Zayas, Secrétaire au Conseil des droits de l'homme des Nations Unies, avait déjà constaté la responsabilité des mesures économiques dans la situation humanitaire vénézuélienne dans son rapport du 3 août 2018 (A/HRC/39/47/ Add.1, §21-39). Il relevait que les sanctions avaient contribué directement et indirectement à « l'aggravation des pénuries de médicaments et de nourritures » (§ 35), entraînant la violation des droits humains. Ce dernier demandait à la Cour pénale internationale d'ouvrir une enquête aux fins de déterminer si les sanctions ne constituaient pas un crime contre l'humanité sous l'article 7 du statut de Rome (§ 36). En-dehors du fait que les Etats-Unis ne sont pas parties au Statut de Rome, il faudrait établir qu'ils ont eu l'intention de réaliser un tel crime (en vertu de l'article 7(2)(a) du statut). Elément difficile à démontrer lorsque les motivations de ces mesures sont officiellement le bien-être de la population et que l'Etat cherche à les tempérer *via* des exemptions humanitaires...

Quand bien même les sanctions adoptées contre le Venezuela sont dites « intelligentes » du fait qu'elles sont ciblées, elles ont le même effet que les sanctions globales. Elles soulèvent donc les mêmes problèmes de licéité que ceux mis en évidence par le Professeur Marc Bossuyt dans un impressionnant rapport de 2000 à propos des embargos économiques (« Conséquences néfastes des sanctions économiques pour la jouissance des droits de l'homme », E/CN.4/Sub.2/2000/33, 21 juin 2000, spéc. § 30-47). *De facto*, le pays ciblé se trouve isolé d'une partie importante de ses partenaires économiques, que ce soit à cause des sanctions que risquent les entreprises étrangères pour avoir commercé avec le Venezuela, ou à cause de l'impossibilité pour sa banque centrale d'utiliser le dollar comme monnaie de référence. L'on voit mal en quoi cette situation permet de protéger les citoyens les plus pauvres d'une crise aggravée par les sanctions qui ne parviennent pas à défaire le régime du Président Maduro.

Outre leur légitimité problématique, le nouvel état des lieux des sanctions adoptées à l'encontre du Venezuela pose l'éternelle question de leur utilité. Utilité qui semble défendue essentiellement par les Etats *dans la capacité* d'y avoir recours, que ce soient les Etats-Unis ou l'Union européenne qui a renouvelé celles votées le 13 novembre 2017 en juillet 2019. (<https://www.consilium.europa.eu/fr/policies/venezuela/>).

J.-B.D.

ETATS-UNIS - RÉPUBLIQUE ISLAMIQUE D'IRAN

Une histoire de drone

2019/4.69 – Le 20 juin 2019, l'on pouvait lire sur le compte Twitter du Président des Etats-Unis Donald Trump : « *Iran made a very big mistake!* ». Cette erreur est celle de la destruction d'un drone appartenant aux Etats-Unis au-dessus du détroit d'Ormuz par les

autorités iraniennes (*New York Times*, « *What we know about Iran shooting down a U.S. Drone* », 20/06/2019). Ce drone, piloté à distance, aurait été abattu parce qu'il violait l'espace aérien iranien. Un mois plus tard, les États-Unis annonçaient à leur tour avoir détruit un drone d'espionnage iranien, ce que Téhéran a démenti (*Le Point*, « 'Il s'agissait d'un drone iranien', répond Trump à Téhéran », 20/07/2019). La présente note a seulement vocation à analyser les faits avérés, c'est-à-dire le torpillage du drone étatsunien ainsi que certains événements qui s'en sont ensuivis.

A propos des événements du mois de juin, les États-Unis ont contesté les allégations iraniennes en affirmant que leur drone n'avait pas survolé les eaux territoriales de l'Iran. Chacun des États ont partagé des coordonnées GPS censées indiquer la dernière localisation du drone avant son élimination. Tandis que les États-Unis affirment que le drone était situé à environ 33 kilomètres des côtes iraniennes, dans le détroit d'Ormuz, l'Iran situe le drone près de Tambaseyun-e Kuh Mobarak. La carte ci-dessous rend compte de ces déclarations :



Source : article du *New York Times* du 20/06/2019, *op. cit.*

Avant de s'interroger sur la réaction des États-Unis à la destruction du drone, il est nécessaire de se pencher sur celle de l'Iran.

L'utilisation du recours à la force par l'Iran - La principale hypothèse qui nous intéresse ici est celle du cas où le drone s'est effectivement introduit dans l'espace aérien iranien. Si tel n'était pas le cas, il est évident que l'Iran aurait commis un acte illicite en abattant un drone en-dehors de son territoire. On peut cependant se demander si la pénétration de l'espace aérien iranien est une circonstance suffisante autorisant le recours à la force armée – le drone ayant été abattu par un missile sol-air.

Certains auteurs ont cherché une réponse à cette question dans la Convention de Chicago relative à l'aviation civile internationale du 7 décembre 1944, à laquelle les États-Unis et l'Iran sont parties (v. <https://www.lawfareblog.com/iran-shoots-down-us-drone-domestic-and-international-legal-implications>). Si l'on peut effectivement lire à l'article 3 (c) qu'« aucun aéronef d'État d'un État contractant ne peut survoler le territoire d'un autre État ou y atterrir, sauf autorisation donnée par voie d'accord spécial ou de toute autre manière et conformément aux conditions de cette autorisation », rien n'est dit sur la réaction que peut entraîner sa violation. D'autant que le premier alinéa de ce même article restreint l'application de la Convention « uniquement aux aéronefs civils et ne s'applique pas aux aéronefs d'État ». L'on peut aisément qualifier le drone d'aéronef d'État, puisqu'il sert aux « services militaires » (article 3(b) de la Convention), disqualifiant l'application de la Convention au cas d'espèce.

Le droit de la mer permet-il d'apporter une réponse à cette question ? L'article 38 de la Convention des Nations Unies sur le Droit de la Mer (CNUDM) reconnaît en effet le « droit de passage en transit » pour « tous les navires et aéronefs » dans les détroits servant la navigation internationale (reliant une partie de la haute mer ou une zone économique exclusive et une autre partie de la haute mer ou une zone économique exclusive). Ce droit, garantissant la « liberté de navigation et de survol à seule fin d'un transit continu et rapide par le détroit », ne semble pas opposable à l'Iran qui n'a jamais ratifié la Convention de Montego Bay de 1982. Bien que l'on puisse arguer que ladite Convention codifie le droit international coutumier, l'Iran s'est toujours opposé à reconnaître une telle portée au traité (<https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1912?prd=EPIL>). Malgré sa qualité d'objecteur persistant, l'on pourrait reprocher à l'Iran de ne pas respecter l'article 18 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 en refusant d'assurer le droit de passage en transit au drone étatsunien. A condition encore une fois de considérer que ledit article codifie le droit international coutumier et que l'Iran n'y ait pas objecté avec persistance. L'Iran n'ayant effectivement pas ratifié la Convention après sa signature en 1969.

Quoiqu'il en soit, l'article 18 stipule qu'un État « doit s'abstenir d'actes qui priveraient un traité de son objet et de son but : a) Lorsqu'il a signé le traité ». Or, le préambule de la Convention de Montego Bay énonce comme objectif celui de « facilite[r] les communications internationales et favorise[r] les utilisations pacifiques des mers et des océans ». L'on imagine difficilement en quoi le comportement des autorités iraniennes permet de favoriser une telle utilisation pacifique. Il semble alors possible de défendre que la destruction du drone constitue une violation de la Convention de 1982, bien que cela repose sur une construction plutôt complexe.

Plutôt que de se référer aux traités précités, il semble plus judicieux de s'interroger sur la licéité de l'action iranienne à la lumière du *jus ad bellum*.

Comme on le sait, le recours à la force, prohibé à l'article 2 (4) de la Charte des Nations Unies, ne souffre que de deux exceptions : l'autorisation par le Conseil de sécurité (article 42) et la légitime défense (article 51). Dans une lettre datée du 20 juin 2019, le Représentant permanent de la République islamique d'Iran auprès de l'Organisation des Nations Unies invoquait justement la légitime défense auprès du Secrétaire général (S/2019/512). L'Iran indique se réserver « le droit de prendre toutes les mesures qui s'imposent contre tout acte hostile constituant une violation de son

territoire, au regard du droit naturel qui est le sien aux termes de l'Article 51 de la Charte des Nations Unies, et est déterminée à défendre vigoureusement son espace terrestre, maritime et aérien ».

Inutile d'insister ici sur le fait que le survol de l'espace aérien iranien par un drone de surveillance ne disposant d'aucune arme à son bord ne constitue pas une agression armée au sens de l'article 3 de la résolution 3314 de l'Assemblée générale des Nations Unies. Bien que l'article 4 de cette même résolution affirme que la liste des actes constituant un acte d'agression de l'article 3 ne soit pas limitative, l'on imagine mal en quoi le survol par un drone d'un territoire constituerait un tel acte. Or, la légitime défense n'est possible qu'en réponse à une agression armée.

Difficile encore d'envisager la réaction de l'Iran comme une contre-mesure à un fait illicite, lui-même constitué par la violation de l'intégrité territoriale iranienne. L'article 50 du projet d'articles sur la responsabilité internationale des Etats de 2001 stipule en effet que les contre-mesures ne peuvent porter *aucune* atteinte : « a) A l'obligation de ne pas recourir à la menace ou à l'emploi de la force telle qu'elle est énoncée dans la Charte des Nations Unies ».

Si la réaction de l'Iran apparaît illicite, il reste à se demander si ce recours à la force peut être qualifié à son tour d'agression armée permettant aux Etats-Unis d'invoquer leur droit naturel à la légitime défense. Face aux événements du mois de juin, il ne faut pas oublier la distinction opérée par la Cour internationale de Justice « entre les formes les plus graves de l'emploi de la force (celles qui constituent une agression armée), et d'autres modalités moins brutales » (*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, fond, arrêt, CIJ Recueil 1986, § 191, p. 91). Il est difficile de voir dans la réaction iranienne à la violation de son intégrité territoriale – si tant est que l'on considère qu'il s'agisse d'une telle violation et non de l'exercice du droit coutumier de passage en transit – une des « formes les plus graves de l'emploi de la force ».

Pour s'en convaincre, il convient de citer le célèbre passage d'une sentence arbitrale rendue par la Commission des réclamations Ethiopie-Erythrée selon lequel : « des affrontements frontaliers localisés entre de petites unités d'infanterie entraînant des pertes humaines ne sont pas considérés comme une attaque armée donnant droit à la force ou d'invoquer la légitime défense » (sentence partielle, *jus ad bellum* – réclamations de l'Ethiopie n°1-8, RSA, Décision du 19 décembre 2005, vol. XXVI, § 11, p. 465). Les conditions de neutralisation du drone piloté à distance n'atteignent pas le seuil des actions décrites dans ce passage, qui n'atteignent pas elles-mêmes le seuil de l'agression armée.

Bien que la réaction iranienne constitue inévitablement une violation de l'article 2(4) de la Charte, elle ne constitue cependant pas un cas d'agression armée permettant aux Etats-Unis d'invoquer la légitime défense. C'est sous ce prisme qui vient d'être énoncé que les réactions des Etats-Unis doivent être analysées.

Les réactions des Etats-Unis - Le 21 juin 2019, soit le lendemain de la destruction du drone, le Président Donald Trump aurait ordonné des frappes aériennes sur des radars et batteries de missiles situées sur le territoire iranien, avant de se raviser au motif que cette attaque n'aurait pas été proportionnée (*New York Times*, « Strikes on Iran approved by Trump, then abruptly pulled back », 20/06/2019 ; *Le Monde*, « Donald Trump annule 'dix minutes avant la frappe' une opération militaire en Iran, 21/06/2019). En parallèle

de cette attaque avortée, le *Washington Post* a indiqué que le Président avait lancé des cyber-attaques contre des ordinateurs supposés détenir des données informatiques permettant à l'Iran d'attaquer certains pétroliers (*The Washington Post*, « Trump approved cyber-strikes against Iranian computer database used to plan attacks on oil tankers », 22/06/2019).

Cette attaque, lancée dans le plus grand des secrets à la suite de la destruction du drone, a été confirmée par les autorités étatsuniennes qui ont assuré que l'opération avait temporairement paralysé les réseaux de communication militaire iraniens (*The New York Times*, « U.S. cyberattack hurt Iran's ability to target oil tankers, official says », 28/08/2019). Les Etats-Unis n'ont jamais invoqué leur droit naturel à la légitime défense pour justifier ces mesures. Au contraire, ces derniers affirment que ces attaques cherchent à déstabiliser l'Iran tout en restant sous le seuil d'intensité permettant de caractériser une agression armée. Perpétuer de telles attaques permet d'empêcher l'Iran de réagir en invoquant l'article 51 de la Charte.

Si l'on peut défendre que les cyber-attaques énoncées plus haut ne constituent pas une agression armée, il est difficile de considérer qu'elles ne constituent pas un recours illicite à la force. M. Marc Schack a raison de souligner que l'article 2 (4) de la Charte interdit *tout* recours à la force. La CIJ n'a pas hésité à rappeler que cet article s'appliquait « *to any use of force, regardless of the weapons employed* » (Marc Shack, « Did the US stay 'well below the threshold of war' with its june cyberattack on Iran ? », *EJIL: Talk!*, 02/09/2019). Ainsi, ces attaques peuvent très bien tomber sous le principe de l'interdiction du recours à la force.

Si les Etats-Unis ne peuvent pas justifier leurs actions en invoquant l'article 51 de la Charte, ils ne peuvent pas non plus les justifier en invoquant le droit international des contre-mesures, pour les mêmes raisons que celles évoquées plus haut à propos de l'Iran, stipulées à l'article 50 du Projet d'articles de 2001.

Enfin, le 20 septembre 2019, le Président Donald Trump a annoncé le renforcement des sanctions économiques imposées à l'Iran depuis le retrait de l'Accord de Vienne sur le nucléaire iranien. Ces sanctions sont présentées, tout comme l'étaient les sanctions adoptées contre l'Irak en 1990, comme « les plus sévères jamais imposées à un pays ». En parallèle, des renforts sont envoyés à l'armée étatsunienne positionnée dans le Golfe (*Le Figaro*, « Trump envoie des renforts dans le Golfe et renforce les sanctions contre l'Iran », 21/09/2019). Les Etats-Unis adoptent ces mesures en raison des attaques contre les infrastructures pétrolières en Arabie Saoudite, qu'ils attribuent à l'Iran.

Cette brève histoire de drone illustre ce qui fait la particularité de l'affrontement opposant les Etats-Unis et l'Iran : bien que les mesures adoptées par les parties ne soient pas licites au regard du droit international, elles ne sont pas illicites au point de constituer une rupture de la paix et de la sécurité internationale. En progressant dans la zone d'ombre qu'offre la distinction « entre les formes les plus graves de l'emploi de la force (celles qui constituent une agression armée), et d'autres modalités moins brutales », les Etats-Unis et l'Iran mènent une querelle qui monte lentement mais sûrement vers la menace à la paix et à la sécurité internationale.

J.-B. D.

ÉTATS-UNIS - RÉPUBLIQUE ISLAMIQUE D'IRAN - ROYAUME-UNI

Incidents dans le détroit d'Ormuz et escalade des tensions entre Etats-Unis, Royaume-Uni et Iran

2019/4.70 – Sur fond de tensions discontinues entre les Etats-Unis et l'Iran, la multiplication des incidents en mer depuis mai 2019 et leur intensification dans le détroit d'Ormuz depuis juillet 2019 font craindre une escalade dangereuse de la situation dans la région. Le contexte du bras de fer américano-iranien dans le Golfe est stratégiquement et politiquement complexe : entre la décision de Donald Trump de quitter en mai 2018 le *Joint Comprehensive Plan for Action* ratifié le 14 juillet 2015 par l'Iran, le P5+1 (*i.e.* les cinq membres permanents du Conseil de Sécurité et l'Allemagne) et l'Union européenne à propos du programme nucléaire iranien, le rétablissement subséquent des sanctions économiques contre le régime iranien (http://www.lemonde.fr/ameriques/article/2018/05/08/donald-trump-annonce-le-retrait-des-etats-unis-de-l-accord-sur-le-nucleaire-iranien_5296297_3222.html ; v. notamment cette « Chronique », n° 2018/4/78) et l'importance du détroit d'Ormuz d'où transite un tiers du pétrole acheminé par voie maritime et un cinquième de la consommation mondiale de pétrole, les liens sont évidents, à défaut d'être toujours ouvertement assumés par les pays concernés.

En mai 2019, les Emirats arabes unis – partenaire important tout à la fois économiquement et stratégiquement pour les Etats-Unis et qui partagent l'hostilité de ces derniers envers le régime iranien – ont annoncé que quatre navires (deux tankers saoudiens, un norvégien et un émirati) dont trois pétroliers avaient été la cible d'actes de sabotage à la sortie du détroit d'Ormuz (https://www.lemonde.fr/international/article/2019/05/14/au-large-des-emirats-le-mysterieux-sabotage-de-quatre-navires_5461889_3210.html). Il n'y a eu ni victime, ni déversement, ni responsable officiellement désigné (bien que Washington ait accusé Téhéran), mais en pleine période de rumeurs quant à un imminent déploiement militaire américain au Proche-Orient et de déclarations iraniennes quant aux pressions croissantes américaines, il n'en fallait pas davantage pour que la tension monte subitement d'un cran. L'escalade fut rapide. Le 13 juin, deux pétroliers, d'intérêts norvégiens et japonais mais battant respectivement pavillons des îles Marshall et du Panama, furent attaqués et endommagés en mer d'Oman par des inconnus arrivés en vedettes rapides, rappelant le *modus operandi* des commandos des pasdarans (*i.e.* des gardiens de la révolution ; https://www.lemonde.fr/international/article/2019/06/13/la-marine-americaine-assiste-deux-navires-attaques-dans-le-golfe-d-oman_5475675_3210.html). Le 20 juin, les iraniens ont abattu un drone américain (v. cette « Chronique », *supra* n° 2019/4.69), à la suite de quoi Donald Trump a annoncé avoir annulé au dernier moment des frappes de « représailles » (*sic*) (https://www.lemonde.fr/international/article/2019/06/20/l-iran-a-abattu-un-drone-americain-au-dessus-du-golfe_5478900_3210.html et https://www.lemonde.fr/international/article/2019/06/21/trump-annule-au-dernier-moment-des-frappes-sur-l-iran_5479488_3210.html). Le 4 juillet, un pétrolier iranien fut arraisonné au large de Gibraltar par un navire de guerre britannique, au motif que le tanker était en violation des sanctions de l'Union européenne contre la Syrie. L'opération aurait eu lieu à la demande de Washington (https://www.lemonde.fr/international/article/2019/07/12/de-gibraltar-a-ormuz-les-incidentes-en-mer-avec-l-iran-se-multiplient_5488572_3210.html) ... et la réaction ne se fit pas attendre. Si le 10 juillet une

frégate britannique a pu s'interposer afin d'assurer la sécurité dans le détroit d'Ormuz d'un tanker britannique harcelé par les vedettes iraniennes, le 19 juillet – quelques heures après la décision de la Cour Suprême de Gibraltar de prolonger de trente jours l'immobilisation du pétrolier iranien arraisonné le 4 juillet – celles-ci ont arraisonné au même endroit un autre pétrolier britannique à la suite de la collision alléguée avec un bateau de pêche (https://www.lemonde.fr/international/article/2019/07/19/iran-les-gardiens-de-la-revolution-disent-avoir-confisque-un-tanker-britannique_5491366_3210.html). Un autre tanker, battant probablement pavillon panaméen, avait été arraisonné cinq jours auparavant (https://www.lemonde.fr/international/article/2019/07/18/iran-les-gardiens-de-la-revolution-disent-detener-un-tanker-etranger_5490821_3210.html), alors que les versions américaine et iranienne divergent quant à la destruction revendiquée par Washington mais récusée par Téhéran d'un drone iranien par un navire de guerre américain pendant cette même période (<https://edition.cnn.com/2019/07/18/politics/trump-us-destroyed-iranian-drone/index.html> ; v. *supra* n° 2019/4.69).

En bref, le détroit d'Ormuz devient de la sorte le théâtre des pressions mutuelles entre l'Iran d'une part, les Etats-Unis et leurs alliés de toutes sortes d'autre part, au détriment de la sécurité maritime, de la liberté de navigation et du droit international de la mer. Les approximations, voire les erreurs juridiques, sont certes récurrentes dans les diverses déclarations officielles relatives à ces incidents en mer. Pour ne citer que les exemples les plus flagrants : la qualification par l'Iran d'« acte de piraterie » de l'opération d'arraisonnement du pétrolier iranien en Gibraltar, qui n'a évidemment rien à voir avec la définition de la piraterie en droit de la mer ; mais également et inversement la qualification du détroit d'Ormuz d'« eaux internationales » par les américains ; ou la facilité avec laquelle des sanctions extraterritoriales de l'Union européenne contre la Syrie sont invoquées par le Royaume-Uni comme motif d'un arraisonnement licite d'un navire battant pavillon iranien, alors que le pétrolier a été libéré mi-août en définitive – en dépit de la pression des Etats-Unis en sens contraire – après engagement iranien qu'il ne se dirigeait guère vers un port syrien (https://www.lemonde.fr/international/article/2019/08/15/les-etats-unis-bloquent-la-liberation-du-petrolier-iranien-par-gibraltar_5499739_3210.html). Mais, en l'occurrence, le droit n'est pas malmené seulement verbalement, loin de là. Les arraisonnements en cause semblent en effet contraires aux règles coutumières et aux dispositions de la Convention des Nations unies sur le droit de la mer (Convention de Montego Bay).

Pour ne s'en tenir qu'au cas du détroit d'Ormuz, si son régime juridique n'est pas entièrement dépourvu d'ambiguïté, l'application de la règle de la liberté de navigation (prenant la forme du passage en transit ou du passage inoffensif selon l'approche retenue) ne fait quant à elle pas de doute. Pour ce qui concerne son régime juridique, celui-ci dépend de la question de savoir si le détroit d'Ormuz est régi par la Convention de Montego Bay, par un autre accord spécial ou uniquement par le droit coutumier. L'article 35, alinéa c) de la Convention de Montego Bay, relatif au champ d'application de la partie III portant sur les détroits servant à la navigation internationale, prévoit qu'« [aucune disposition de la présente partie n'affecte] le régime juridique des détroits où le passage est réglementé, en tout ou en partie, par des conventions internationales existant de longue date et toujours en vigueur qui les visent spécifiquement ». Si un accord conclu le 1^{er} janvier 1975 prévoit que les deux Etat riverains, *i.e.* Oman et l'Iran, assurent en commun la surveillance du libre transit dans le détroit d'Ormuz, cet accord

ne semble pas remplir les conditions dudit article et il ne s'agit donc probablement pas d'un régime dérogoire à la Convention de Montego Bay sauvegardé par celle-ci. Le cas échéant, le détroit d'Ormuz est un détroit servant à la navigation internationale en vertu de la Convention de Montego Bay. L'article 34 de cette dernière prévoit que le régime mis en place n'affecte à aucun autre égard le régime juridique des eaux de ces détroits ni l'exercice, par les Etats riverains, de leur souveraineté ou de leur juridiction sur ces eaux. Eu égard à la largeur du détroit d'Ormuz, ses eaux appartiennent donc pour partie à la mer territoriale iranienne et pour partie à la mer territoriale omanaise. Mais l'ensemble du passage se fait à vrai dire dans la partie omanaise du détroit, où se trouve sa zone la plus profonde. Conformément à l'article 41 de la Convention de Montego Bay dont il est partie, Oman a désigné les voies de circulation (deux voies de 3 km de largeur chacune) que les navires en transit peuvent emprunter et qui correspondent en réalité aux anciennes voies de circulation dans le détroit établies avant l'entrée en vigueur de la Convention. Tout navire marchand qui respecte lesdites voies et la réglementation mise en place par Oman (article 42 de la Convention de Montego Bay) peut donc en principe jouir librement du droit de passage en transit (article 38 de la Convention de Montego Bay) dans le détroit d'Ormuz.

Cela dit, l'Iran (tout comme d'ailleurs les Etats-Unis et les Emirats arabes unis parmi les acteurs principaux de la crise ici analysée) n'est pas partie à la Convention de Montego Bay et n'est donc pas lié par ses dispositions. La question serait alors de savoir si l'ensemble du régime mis en place par cette dernière concernant les détroits est codificateur du droit international coutumier. Or, même si tel ne devait pas être le cas pour la totalité des dispositions de la Convention en matière des détroits internationaux, il ne fait pas de doute que la liberté de navigation dans ceux-ci fait, elle, partie du droit coutumier. L'Iran ne pourrait donc pas « fermer » le détroit à la navigation internationale, comme il menace régulièrement de le faire, sans violer ce dernier. De surcroit, même en considérant des navires marchands se trouvant dans les eaux iraniennes et non omanaises et même en écartant le régime du droit de passage en transit et en se contentant du seul passage inoffensif en mer territoriale iranienne, la liberté de navigation devrait également y être garantie. Il faudrait alors que l'Iran invoque le fait que les navires éventuellement arraisonnés par lui dans le détroit portent atteinte à la paix, au bon ordre ou à sa sécurité en tant qu'Etat côtier. Par ailleurs, si la Convention de Montego Bay, à l'instar du droit coutumier, prévoit la possibilité pour l'Etat côtier de suspendre temporairement, dans des zones déterminées de sa mer territoriale, l'exercice du droit de passage inoffensif des navires étrangers, lorsque cette mesure est indispensable pour assurer sa sécurité (article 25, paragraphe 3), cette possibilité n'existe pas pour le passage inoffensif dans un détroit (exercé par les navires dans les détroits à propos desquels le passage en transit ne s'applique pas), qui ne peut lui pas être suspendu (article 45, paragraphe 2). En somme, que le régime des détroits servant à la navigation internationale tel que prévu par la Convention de Montego Bay soit coutumier dans sa totalité ou non, que ce soit le droit de passage en transit ou le droit de passage inoffensif des détroits ou même de la mer territoriale qui s'applique dans le détroit d'Ormuz pour ce qui concerne les eaux iraniennes (car pour les eaux omanaises la situation juridique ne fait pas de doute), les possibilités licites (et non discriminatoires comme l'exige le droit de la mer) pour l'Iran d'y entraver le passage des navires marchands et *a fortiori* d'immobiliser ces derniers en invoquant des motifs juridiquement exacts sont assez réduites. La licéité des divers arraisonnements qui ont eu

lieu dans le détroit ne va donc guère de soi et les violations potentielles du droit de la mer sont en toute hypothèse multiples.

Quant à la présence des navires de guerre étrangers dans la région, elle suscite aussi plusieurs questions juridiques. S'ils jouissent bien évidemment de l'immunité (article 32 de la Convention pour la mer territoriale et article 95 pour la haute mer), l'Etat côtier peut exiger que tout navire de guerre qui ne respecte pas ses lois et règlements relatifs au passage dans sa mer territoriale et passe outre à la demande qui lui est faite de s'y conformer quitte immédiatement sa mer territoriale (article 30). Pour le cas particulier des détroits et du droit de passage en transit, l'article 42, paragraphe 5, prévoit qu'en cas de contravention aux lois et réglementations de l'Etat côtier par un navire jouissant de l'immunité souveraine, l'Etat du pavillon porte la responsabilité internationale de toute perte ou de tout dommage qui peut en résulter. En somme, le droit de la mer encadre non seulement les agissements des Etats riverains d'un détroit, mais également le comportement de la marine navale dans des eaux territoriales étrangères. Le droit international général quant à lui viendra encadrer les possibilités et conditions de recours à la force en mer, puisque les différentes flottes de guerre dans la région semblent prêtes à s'y livrer...

Quoiqu'il en soit de l'encadrement juridique, les retombées pratiques et diplomatiques des incidents dans le détroit d'Ormuz pour le *shipping* international et la sécurité de la navigation dans la région sont multiples. La *Royal Navy* a d'ores et déjà annoncé qu'elle va désormais accompagner tous les pétroliers battant pavillon britannique lors de leur passage dans le détroit d'Ormuz (<https://edition.cnn.com/2019/07/25/middleeast/uk-tankers-hormuz-gbr-intl/index.html>), alors que Londres a demandé à Paris et à Berlin de réfléchir ensemble sur un mécanisme commun de sécurité maritime afin d'éviter une escalade encore plus dramatique dans la région (https://www.lemonde.fr/international/article/2019/07/28/l-iran-juge-hostile-l-idee-d-une-mission-navale-europeenne-dans-le-golfe_5494341_3210.html). Union européenne, Royaume-Uni en plein Brexit, Etats-Unis, Iran, Emirats et Arabie saoudite, pétroliers battant pavillon soit des puissances maritimes concernées soit – souvent – de libre immatriculation tout en appartenant et étant exploités par des intérêts liés à ces mêmes puissances, qui par ailleurs n'ont de cesse de déployer leurs flottes de guerre dans la région ... la présence de tous ces acteurs dans un détroit long de 63 km et large de 40 km constituant l'entrée du Golfe persique n'annonce assurément rien de bon.

N.A.

FÉDÉRATION DE RUSSIE - UKRAINE

Crash du vol MH17

Poursuites introduites à l'encontre de quatre combattants pro-russes – Vers un engagement de la responsabilité internationale de la Russie ?

2019/4.71 – Cinq ans après la catastrophe aérienne ayant coûté la vie à 298 personnes (passagers et membres d'équipage) le 17 juillet 2014, l'équipe commune d'enquête (ou « JIT » réunissant les Pays-Bas, l'Australie, la Malaisie, la Belgique et l'Ukraine, v. cette « Chronique », n° 2017/2.46) a rendu publique au courant du mois de juin l'identité de quatre suspects. Sergueï Doubinski, Igor Guirkine et Oleg Poulatov, de nationalité russe, et Leonid Khartchenko, de nationalité ukrainienne, soupçonnés d'avoir participé au tir du

missile ayant abattu l'avion de la Malaysian Airlines dans l'est de l'Ukraine. S'ils n'ont pas eux-mêmes « appuyé sur le bouton », précise la conférence de presse du 19 juin dernier, ils auraient collaboré afin de prendre possession d'un missile sol-air BUK provenant de la 53e brigade antiaérienne russe basée à Koursk et contribué à son installation sur un site de lancement en zone ukrainienne pro-russe. Conformément au mémorandum signé par les Pays-Bas et l'Ukraine en 2017, ces quatre suspects seront poursuivis devant les juridictions néerlandaises (v. cette « Chronique », n° 2018/1.22). Le ministère public a indiqué que le procès pour meurtre débiterait le 9 mars 2020. Cette annonce marque une première étape dans un travail d'investigation marqué par les accusations de partialité lancées de manière récurrente par la Russie et relayées, en partie, par la Malaisie (<https://fr.sputniknews.com/international/201906201041478824-crash-du-mh17-le-premier-ministre-de-malaisie-juge-politiquement-motives-les-accusations-contre-la/>). La Russie a, quant à elle, rapidement réagi à l'annonce du JIT en rejetant des « accusations inintelligibles établies, entre autres, sur la base de sources d'informations douteuses » (Communiqué de presse du Ministère russe des affaires étrangères du 19 juin 2019). Les critiques à l'égard de l'enquête sont aujourd'hui alimentées par les déclarations d'un détective allemand, engagé pour enquêter sur les circonstances du crash. Ce dernier affirme que le JIT n'a pas accepté de divulguer qu'en présence de médias internationaux (https://fr.sputniknews.com/international/20190816104194_1455_-un-detective-prive-allemand-cherche-une-nouvelle-fois-a-transmettre-ses-pieces-a-la-haye-sur-le-vol/). Plus récemment encore, la Chambre des représentants du parlement néerlandais a demandé que des investigations soient menées sur le rôle joué par l'Ukraine dans la catastrophe, rappelant notamment que l'Etat n'avait pas interdit le survol de son territoire au moment des faits (<https://nltimes.nl/2019/10/02/mps-demand-investigation-ukraines-role-mh17>).

Mais ce procès, qui se déroulera sauf surprise sans la présence des suspects (la règle de non-extradition des nationaux consacrée dans les droits russe et ukrainien fait obstacle à toute obligation de remise, aucun traité d'extradition ne liant par ailleurs les Etats parties prenantes), ne met pas fin à l'enquête tant les zones d'ombre persistent. De nouveaux appels à témoins ont ainsi été lancés par le JIT afin d'identifier les personnes impliquées dans le convoi du missile, ainsi que celles ayant donné leur accord à une telle opération (<https://www.politie.nl/themas/flight-mh17/witness-appeal-crash-mh17.html>). Un nouveau coup de théâtre vient toutefois de perturber le travail des enquêteurs, avec la décision prise par l'Ukraine d'accepter le départ pour la Russie d'un séparatiste ukrainien, Volodymyr Tsemakh, poursuivi en Ukraine pour participation à une activité terroriste. Ce dernier, qui retenait l'attention du parquet néerlandais (il aurait commandé les défenses anti-aériennes dans la région de lancement du missile BUK), a fait partie d'un important échange de prisonniers entre l'Ukraine et la Russie le 7 septembre et ce malgré les contestations des Pays-Bas (https://www.lepoint.fr/monde/mh17-les-pays-bas-regrettent-le-depart-pour-la-russie-d-un-ex-chef-separatiste-ukrainien-07-09-2019-2334198_24.php). Il est à noter également que ce volet pénal devant les juridictions internes, dont l'issue est incertaine, pourrait être complété par des poursuites devant la Cour pénale internationale. A l'heure actuelle, les faits (parmi d'autres ayant eu lieu sur le territoire ukrainien depuis le 21 novembre 2013) font toujours l'objet d'un examen préliminaire par le Bureau du procureur (sur l'articulation entre ces deux procédures pénales, cette « Chronique », n° 2018/1.22 précitée).

L'identité des premiers suspects pose la question du degré d'implication de la Russie dans cette catastrophe, laquelle est envisagée depuis la découverte de l'origine russe du missile et la localisation de son site de lancement en zone pro-russe. Les quatre suspects étaient tous des combattants pro-russes actifs dans la région de Donesk depuis 2014. L'un d'eux, Igor Guirkine, occupait les fonctions de « Ministre de la défense » de la République populaire de Donetsk et tous avaient des liens plus ou moins directs avec les services secrets russes en Ukraine.

Ces liens matériels et personnels pourraient être de nature à fonder la responsabilité internationale de la Russie, notamment devant la Cour internationale de Justice qui a été saisie par l'Ukraine le 16 janvier 2017. Dans cette affaire, l'Ukraine invoque des violations 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 raciales. Pour l'Etat demandeur, l'assistance fournie par la Russie dans l'attaque du vol MH17 constitue une violation de l'obligation faite aux Etats de coopérer pour assurer la prévention du financement du terrorisme (article 18 de la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme). A ce stade de la procédure – la Cour a statué sur la demande ukrainienne de mesures conservatoires le 19 avril 2017 et a retenu sa compétence dans un arrêt du 8 novembre 2019 – les arguments de la Russie reposent exclusivement sur l'interprétation de l'article 18 précité (portée de l'obligation de coopérer à la prévention du financement du terrorisme, notion d'actes de terrorisme : voir Ordonnance de la CIJ, 19 avril 2017, §§ 26-28 et les exceptions préliminaires russes, §§ 88-94). La Russie ne conteste pas, que ce soit sur le plan factuel ou juridique (interprétation des articles 4 à 11 du projet d'articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite), les allégations de l'Ukraine quant à l'imputabilité des faits à l'Etat (voir requête introductive, § 124). Difficile toutefois d'y voir pour le moment un signe d'aveu de la part des autorités russes.

D.B.

FRANCE

Vote de la loi autorisant la ratification du CETA (AEGC) à l'Assemblée nationale

2019/4.72 – Il n'a évidemment échappé à personne que le mardi 23 juillet dernier (2019) l'Assemblée nationale a voté en faveur du projet de loi autorisant la ratification de l'AEG/CETA (ci-après CETA). Sans tomber dans certaines irritantes et mécaniques expressions journalistiques (ainsi de la « torpeur de l'été » qui fait plus que suggérer une sorte de sieste universelle au long de laquelle nul ne travaillerait, les réseaux seraient somnolents et les ordinateurs en veille), il est vrai que l'on peine à juger le calendrier innocent (d'autant que le vote est intervenu selon la procédure accélérée (http://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/dossiers/aecg_partenariat_strategique_ue-Canada)). Ce texte a longuement et profondément été analysé ici même (cette « Chronique » n° 2017/4.86 et Fl. Couveinhes Matsumoto, « L'épopée de la Wallonie et la signature de l'AEGC/CETA », cette *Revue* 2017-1, pp. 69-85), il est donc inutile de revenir sur son analyse et sa critique, sans surprise largement balayée par l'avis n° 1/17 rendu le 30 avril 2019 par la Cour de Justice de l'Union européenne (analysé *infra* cette « Chronique » n° 2019/4.77). On peut dire un mot, toutefois, de ce qui s'est passé à

l'Assemblée : ses débats relèvent sans nul doute d'une chronique des *faits* internationaux comprise comme englobant les faits *pertinents du point de vue du droit international*.

Les choses ont été assez disputées, la presse officielle a beaucoup insisté sur le vote négatif (9) et les abstentions (52) des députés du groupe La République en Marche. C'est timide, instable mais il est possible que s'amorce enfin une certaine vigilance des parlementaires vis-à-vis des textes internationaux qui leur sont soumis. Encore faudrait-il que les moyens d'exercer leur contrôle leur soient donnés, comme l'a souligné un député pointant le fait que « les parlements nationaux [ont] été aussi longtemps tenus à l'écart de ce texte [...] document de 2 344 pages qui tend à créer de nombreuses instances » [pour toute la suite des références aux débats, on renvoie à <http://www.assemblee-nationale.fr/15/cr/2018-2019-extra/20191015.asp#P1809779>]. A ce sujet, un autre député s'exclame : « Le Gouvernement donne donc au Parlement quinze jours pour débattre d'un accord bien plus large que les accords commerciaux classiques, et qui affectera nos règles sociales, environnementales, sanitaires et financières. Quinze jours, au cœur de l'été, pour appréhender le texte de l'accord, le projet de loi de ratification, son étude d'impact de cinquante-neuf pages et chacun des neuf documents joints, censés éclairer quant aux conséquences de l'accord sur les filières sensibles et sur le plan d'action du Gouvernement. Quinze jours pour débattre de l'avenir de notre économie, de nos objectifs, des valeurs que nous défendons, de notre conception du libre-échange, du bien-être des populations et des animaux, de la protection de la planète ! Ces délais, cette méthode, ce calendrier lié aux élections et aux vacances sont inqualifiables, antidémocratiques et irresponsables ».

Au-delà de cet aspect, l'essentiel des discussions a porté sur les impacts de l'accord sur certaines filières (agricoles et d'élevage notamment) et surtout sur des questions écologiques. Les députés de l'opposition ont souligné certains écarts importants entre les règles (laxistes) canadiennes et les exigences (plus élevées) de l'Union européenne en la matière. A titre d'illustration du fait que les normes sanitaires et phytosanitaires sont déjà attaquées comme des barrières à l'entrée du marché européen (hors CETA), ils ont rappelé qu'en juillet 2019 le Canada a déposé, dans le cadre de l'OMC, un recours pour contester l'interdiction de quarante-six pesticides interdits en Europe mais autorisés outre-Atlantique. De plus, ainsi que la presse en a donné un assez large écho, il s'est trouvé des députés (chagrins, naturellement) pour regretter que le CETA permette l'importation de bovins nourris aux farines animales. Ces pusillanimes ne sont pas parvenus à être rassurés alors même que les défenseurs progressistes de l'accord leur ont répondu que c'est faux : « Certes, la réglementation canadienne autorise l'utilisation de protéines animales transformées mais le risque sanitaire brandi ces derniers jours est écarté car les PAT [ND.A. : les PAT sont des « protéines animales transformées », qu'on nous invite judicieusement mais fermement à distinguer des « farines animales »... avant de faire disparaître l'idée même de ces dernières dans le caressant acronyme de « PAT »] proviennent d'animaux issus de la chaîne alimentaire conventionnelle, abattus à des fins d'alimentation humaine et dont certains morceaux ne sont pas consommés pour des raisons commerciales ». Tout va bien de ce côté, donc. En toute hypothèse, les partisans de cet instrument constatent, sans que l'on comprenne bien suivant quelle logique libre-échangiste ils s'en réjouissent, que l'invasion de viande bovine redoutée n'a pas eu lieu après une période significative d'application dite « provisoire » (autre scandale démocratique qu'on laisse de côté ici ; sur ce point, v. Fl. Couveinhes Matsumoto précité

et <https://www.lesechos.fr/monde/enjeux-internationaux/derniere-ligne-droite-pour-la-ratification-francaise-du-ceta-1036890>].

Au cœur de la discussion se trouvent certaines dispositions du chapitre 8 du CETA relatif aux investissements [on verra plus loin l'analyse qu'en fait la Cour de Justice de l'Union européenne (*infra* n° 2019/4.77) non reprise ici]. L'article 8.9. « Investissement et mesures réglementaires » dispose :

1. Pour l'application du présent chapitre, les Parties réaffirment leur droit de réglementer sur leurs territoires en vue de réaliser des objectifs légitimes en matière de politique, tels que la protection de la santé publique, de la sécurité, de l'environnement ou de la moralité publique, la protection sociale ou des consommateurs, ou la promotion et la protection de la diversité culturelle.
2. Il est entendu que le simple fait qu'une Partie exerce son droit de réglementer, notamment par la modification de sa législation, d'une manière qui a des effets défavorables sur un investissement ou qui interfère avec les attentes d'un investisseur, y compris ses attentes de profit, ne constitue pas une violation d'une obligation prévue dans la présente section.
3. Il est entendu que la décision d'une Partie de ne pas octroyer, renouveler ou maintenir une subvention :
 - a. en l'absence de tout engagement légal ou contractuel spécifique d'octroyer, de renouveler ou de maintenir cette subvention; ou
 - b. conformément aux modalités ou conditions régissant l'octroi, le renouvellement ou le maintien de la subvention, ne constitue pas une violation des dispositions de la présente section.
4. Il est entendu qu'aucune disposition de la présente section n'est interprétée comme empêchant une Partie de mettre fin à l'octroi d'une subvention ou de demander son remboursement lorsqu'une telle mesure est nécessaire pour se conformer aux obligations internationales entre les Parties ou a été ordonnée par une cour ou un tribunal administratif compétent, ou par une autre autorité compétente, ni comme obligeant cette Partie à indemniser l'investisseur en conséquence.

Face aux critiques articulées contre le CETA, il a été dit, à juste titre, que ces dispositions protègent la compétence réglementaire (*lato sensu*) que l'Etat détient de façon coutumière en toute hypothèse (mais à laquelle il pourrait évidemment être apporté des exceptions conventionnelles). Précisément. Il faut bien dire qu'il est très difficile d'évaluer dans quelle mesure cette compétence est sauvegardée :

1. la protection semble limitée à la seule section D « Protection des investissements » de l'article 8, de sorte que *c'est seulement dans ce cadre* que pourrait *n'être pas une violation du traité* une mesure prise par une Partie « en vue de réaliser des objectifs légitimes en matière de politique, tels que la protection de la santé publique..., etc. » ;

2. l'article 8.2 débute par l'expression « le simple fait » ; cela indique sans aucun doute possible qu'il est parfaitement possible qu'une mesure prise par une Partie « en vue de réaliser des objectifs légitimes en matière de politique... etc. » *constitue une violation du traité*. Si le simple fait de légiférer en matière de politique publique n'est pas *en tant que tel* une violation, il est évident (et certain) que rien n'empêchera un investisseur de démontrer qu'une mesure est contraire non seulement au traité, on l'a dit, mais encore à la section D relative aux investissements. C'est une question de charge de la preuve (qui peut d'ailleurs, fort heureusement, s'avérer lourde s'il faut établir son

illégitimité ou sa non-nécessité, mais sans doute moins s'il faut plaider l'absence de proportionnalité).

Toujours sur ce registre, certaines interventions à l'Assemblée ont mis en cause la compatibilité de dispositions du CETA non seulement avec le droit de l'Union européenne, mais encore avec l'Accord de Paris sur le climat (importation de pétrole brut canadien issu de sables bitumineux dont l'extraction et l'utilisation causent des dommages sur l'environnement immédiat, accent mis sur les énergies fossiles, contrairement l'article 2 de l'Accord de Paris qui prône une restriction de l'exploration, de la production et du commerce international en la matière, croissance des transports maritimes et aériens qu'implique nécessairement l'expansion des échanges transatlantiques, absence du principe de précaution, etc...). Du point de vue juridique, la question déjà complexe de la contradiction entre des conventions multilatérales sans identité de parties [le CETA ayant été qualifié non sans mal d'accord mixte, finalement c'est bien un traité multilatéral] s'enrichit ici du fait que le CETA a été signé avant l'accord de Paris mais qu'une déclaration interprétative conjointe a été signée en octobre 2016.

C'est alors qu'a surgi un assez mystérieux « veto climatique ». Selon les déclarations officielles :

« Le Gouvernement français, avec ses partenaires européens et canadiens, a déterminé les modalités de fonctionnement de la cour bilatérale d'investissement établie par le CETA de manière à préserver pleinement le droit à réguler des Etats. A ce titre, la France a accordé une attention particulière au texte qui précise les modalités d'utilisation du mécanisme d'interprétation conjointe du CETA qui permettra aux Parties à l'accord de faire échec à des plaintes visant des mesures répondant à des objectifs légitimes de politique publique, en particulier dans le domaine de la lutte contre le changement climatique. Ces règles de procédure complémentaires, qui font suite à la recommandation de la Commission Schubert visant à introduire dans l'accord un « veto climatique », ne seront officiellement publiées qu'après avoir été formellement adoptées par le comité mixte du CETA, qui devrait se réunir à l'automne 2019. Ces règles ont été approuvées sur le plan politique par le Canada, comme le confirme la lettre adressée par le Ministre du Commerce canadien » [<https://www.diplomatie.gouv.fr/fr/politique-etrangere-de-la-france/diplomatie-economique-et-commerce-exterieur/politique-commerciale-du-gouvernement/focus-sur-l-accord-economique-et-commercial-global-ue-canada-ceta/article/ceta-texte-consacrant-le-veto-climatique-15-07-19>].

Cela n'a pas convaincu quelques irréductibles, dont le député Olivier Faure pour qui la menace en matière écologique et sanitaire « est si évidente que vous avez sorti de votre poche, *in extremis*, un 'veto climatique' ». Le problème est que votre droit de veto est au Canada ce qu'est le Canada dry à l'alcool : il a la couleur du veto, son nom sonne comme un veto, mais ce n'est pas un veto. Il en a l'apparence sans en avoir les qualités [il] relève même de la supercherie. Un comité mixte, composé à parité de représentants de l'Union européenne et du Canada, sera appelé en cours d'instruction pour, éventuellement, clarifier l'interprétation à donner du traité et accompagner les juges dans des décisions dont la nature peut affecter le climat, la santé ou la biodiversité. Or rien n'indique que les juges seront contraints par cet avis. Qui peut surtout croire que le gouvernement canadien serait, par hypothèse, prêt à aller contre les intérêts de ses

propres entreprises en leur imposant des conditions qui ne sont pas présentes dans sa propre législation ? En réalité, aucun Etat ne disposera d'un droit de veto, puisque le dernier mot appartiendra au juge arbitre. Un Etat pourra invoquer le veto, il ne pourra en aucune manière l'imposer [...] Comment mieux dire qu'il ne s'agit pas d'un veto ? ». Gageons que, du point de vue de la procédure d'engagement, cette sorte de promesse modificative/interprétative d'un traité partiellement entré en vigueur provisoirement fera les délices des juristes de droit international.

On aura enfin donné une idée (d'une partie) de l'esprit de ces débats autour du projet de loi de ratification du CETA en observant que certains députés ont lucidement estimé que ce qui est en cause est, plus largement, le libre-échange : « Le vrai débat est en effet ailleurs. Il est dans la notion même de libre-échange que l'on veut nous imposer » (M. le député Naegelen). Sur ce vaste sujet (v. entre autres, *Le « Tarif » à l'heure des négociations transatlantiques*, revue *Droits* n° 64/2016 et n° 65/2017), les positions s'étagent entre les libéraux optimistes (« les principes mêmes du libre-échange, dans lequel chacun doit être économiquement gagnant afin d'accélérer sa propre croissance » espère M. le député Dumont) ; les libéraux conditionnels (« Le libre-échange doit se faire sans distorsion d'exigence et de concurrence entre les parties », précise M. le député Naegelen) et, bien sûr, les hostiles (« nous devons rejeter ce texte, ne serait-ce que pour empêcher la mise en œuvre de mécanismes taillés sur mesure pour des multinationales ... [finie] l'époque où l'on pensait que l'expansion infinie du libre-échange et du commerce était bénéfique pour les peuples et les nations. Or aujourd'hui, on sait bien, puisqu'on le répète rapport après rapport, que ce type de fonctionnement, un commerce international appuyé sur un libre-échangisme effréné et insensé, est nocif pour la planète comme pour l'humanité », objecte Mme la députée Dumont ; « Votre obstination à soutenir la croisade de l'Union européenne consistant à signer le plus grand nombre possible d'accords de libre-échange bilatéraux ne devrait plus être à l'ordre du jour », renchérit M. le député Lecoq).

L'histoire est loin d'être terminée. Non qu'il faille s'attendre à une grande surprise du côté du Sénat qui doit se prononcer avant la fin de l'année (on ne sait jamais, il est vrai...) mais – par l'effet de la qualification d'accord mixte arrachée à grand peine à la Commission de l'Union européenne - le traité CETA doit encore passer victorieusement devant 38 assemblées régionales et nationales en tout (et au-dessus d'un fort consensus populaire) pour entrer en vigueur...

D.A.

INDE

Création d'apatrides à Assam

2019/4.73 - Le 31 août 2019, la Cour suprême indienne a publié la dernière liste visant à recenser la population de l'Assam, un territoire du nord-ouest de l'Inde à la frontière avec le Bangladesh. D'après ce recensement, 1,9 million de personnes résidant sur ce territoire ont été reconnues comme des migrants illégaux, n'ayant pu apporter la preuve de leur nationalité indienne. Cette vaste opération résulte de la mise en œuvre par la Cour suprême en 2014 d'un arrêt qu'elle avait rendu en 1985 mais qui n'avait jamais été appliqué. Depuis la publication de cette liste, l'Inde est accusée de créer massivement des apatrides, sur fond d'épuration ethnique de la nation indienne au détriment des minorités religieuses

(https://www.lemonde.fr/international/article/2019/08/31/en-inde-pres-de-deux-millions-de-citoyens-la-plupart-musulmans-dechus-de-leur-nationalite_5504902_3210.html ; <https://amnesty.org.in/news-update/amnesty-india-joint-statement-to-condemn-the-exclusion-of-1-9-million-people-from-the-assam-nrc>).

Cette crise a ses racines dans l'histoire pour le moins tourmentée des relations entre l'Inde et le Pakistan. Lors de la partition des Indes en 1947, deux Etats voient le jour sur l'ancien territoire de l'Inde britannique : l'Inde et le Pakistan, ce dernier s'étendant sur deux territoires (le Pakistan occidental et le Pakistan oriental) séparés par tout le nord de l'Inde. En mars 1971, le Pakistan oriental déclare son indépendance. S'en suit une guerre civile, au cours de laquelle les atrocités commises à l'égard des populations civiles provoquent de vastes mouvements de populations vers l'Inde. En décembre 1971, la guerre civile s'achève et le Bangladesh acquiert son indépendance. C'est la porosité de la frontière entre l'Inde et ce nouvel Etat qui va entraîner d'intenses conflits à la fin des années 1970 entre les habitants de la région d'Assam et les migrants en provenance du Bangladesh, dont le point culminant sera le massacre d'environ 2000 musulmans à Nellie en 1983. La zone est donc surchargée d'une histoire dramatique, notamment dans ses aspects de mouvements de populations, dont la décision de la Cour suprême du 31 août n'est que le dernier soubresaut.

C'est justement face à ces mouvements de populations que l'Inde a réformé son droit de la nationalité en 1985 en introduisant un article 6A qui distingue deux catégories de migrants : ceux arrivés à Assam avant le 25 mars 1971 et ceux arrivés après. Les premiers acquièrent la nationalité indienne, soit de plein droit en cas d'arrivée avant le 1er janvier 1966, soit par une procédure d'enregistrement en cas d'arrivée entre le 1er janvier 1966 et le 25 mars 1971. Pour ceux entrés à Assam après le 25 mars 1971, aucune procédure particulière d'octroi de la nationalité n'est prévue et ces personnes sont donc considérées comme des migrants illégaux. Du point de vue du droit indien la situation est donc claire : la date d'arrivée à Assam, fixée au 25 mars 1971, est le critère essentiel de distinction entre indiens et migrants illégaux (cf. A. Ashesh, A. Thiruvengadam, *Report on Citizenship Law. India*, 2017, Global Citizenship Observatory (GLOBALCIT), pp. 12-14).

La question de l'apatridie en Inde suppose donc de distinguer ces deux catégories de personnes. Celles considérées comme migrants illégaux, en raison de leur arrivée après le 25 mars 1971, sont-elles pour autant apatrides ou disposent-elles de la nationalité du Bangladesh ? En 1972, le Bangladesh avait octroyé sa nationalité à toutes les personnes résidant sur son territoire au moment de son indépendance sous condition de conservation de cette résidence (R. Hoque, *Report on Citizenship Law. Bangladesh*, 2016, EUDO Citizenship Observatory, pp. 5-6). Si les migrants arrivés à Assam sont apatrides, c'est donc soit que le Bangladesh ne leur a jamais octroyé sa nationalité (on pense notamment à ceux ayant fui la guerre civile de 1971), soit que cette nationalité leur a été retirée en raison d'une émigration plus tardive. En toute hypo-thèse, l'Inde n'est pas directement impliquée dans la création d'apatrides puisqu'elle était tiers à la succession d'Etats et n'avait fait qu'accueillir des réfugiés en 1971.

S'agissant en revanche des migrants arrivés avant le 25 mars 1971, la situation est tout autre car ceux-ci devraient être indiens d'après l'article 6A, à charge pour eux d'apporter la preuve de la date de leur arrivée à Assam. A défaut de cette preuve, l'Inde ne leur retire pas véritablement sa nationalité, elle ne fait que reconnaître qu'ils ne l'ont

en réalité jamais eue. C'est moins les règles d'attribution de la nationalité que les conditions de leur mise en œuvre qui posent un problème et c'est sur ce point que nombres de critiques se sont concentrées : la procédure, déjà inhabituelle compte tenu des trente ans séparant les deux décisions de la Cour suprême, serait en plus particulièrement incertaine. On a ainsi pu souligner des erreurs dans les recensements, ainsi que les difficultés pour les populations, dans ces régions particulièrement pauvres et régulièrement soumises aux difficultés climatiques, d'apporter la preuve de leur date d'arrivée à Assam. On peut en effet contester le procédé, insister sur les dangers et les risques d'instrumentalisation au profit d'une politique ethnique et nationaliste. Mais il n'est pas pour autant évident que l'on puisse formellement parler de retrait de la nationalité, ce qui tend à nuancer quelque peu l'idée que seule l'Inde serait à l'origine de ces millions d'apatrides : d'un point de vue strictement juridique, elle n'a plutôt rien fait pour remédier à leur situation.

Pour ces différentes raisons, il n'est pas plus évident qu'une adhésion de l'Inde à la Convention sur la réduction des cas d'apatridie de 1961 aurait changé le sort de ces populations. En effet, l'Inde n'est pas partie à cette convention. Mais la mécanique générale de celle-ci reste que l'Etat ne doit pas *créer* d'apatrides, autrement dit qu'il ne doit pas *retirer* sa nationalité lorsque cela aurait pour effet de rendre apatrides les personnes concernées. Le cas présent ne semble ainsi pas prévu par les dispositions de cette convention.

Une adhésion à la Convention de 1961 aurait par contre eu pour effet de réduire l'apatridie au fil du temps. En effet, que l'Inde n'octroie pas sa nationalité à des populations ayant migré sur son territoire est une chose, mais ne pas l'octroyer aux enfants nés apatrides sur son territoire en est une autre. C'est donc la question du droit des enfants apatrides à acquérir une nationalité, et notamment celle de leur territoire de naissance, qui est visée. Evidemment, la question ne se pose que pour les Etats n'ayant pas adopté le *ius soli*. Or, d'après le droit indien, seuls les enfants nés avant le 1er juillet 1987 ont acquis la nationalité indienne sans égard pour la nationalité de leur parents. Pour tous les enfants nés après cette date, la nationalité indienne des parents est en plus exigée. Aucune exception n'est prévue pour les enfants nés apatrides en raison du statut de leur parent. On a ainsi pu s'interroger sur une possible violation par l'Inde du droit des enfants nés apatrides à avoir une nationalité (Kakarala (S.), *India and the Challenge of Statelessness. A Review of the Legal Framework relating to Nationality*, Delhi, National Law University, 2012, pp. 24-28). Pourtant, cela ne semble guère évident tant la reconnaissance du droit de l'enfant né apatride d'acquérir une nationalité est difficile à mettre en œuvre. On retombe sur la difficulté maintes fois soulignée des instruments internationaux en la matière : l'affirmation d'un droit à acquérir *une* nationalité, ne permet guère d'identifier *laquelle*. Autrement dit, le droit à la nationalité bute sur l'impossibilité de déterminer quel est l'Etat débiteur de l'obligation. L'imprécision des instruments internationaux, auxquels l'Inde est partie, ne permet pas de trancher quel Etat doit octroyer sa nationalité (cf. PIDCP, art. 24 ; Convention de 1989 relative aux droits de l'enfant, art. 7 §1), de telle sorte que la question demeure discutée (G.R. De Groot, « Children, their right to a nationality and child statelessness », in A. Edwards, A. van Waas, *Nationality and Statelessness under International Law*, Cambridge University Press, 2014, pp. 144-168). La seule convention mettant en place un mécanisme clair imposant à l'Etat d'octroyer sa nationalité aux enfants nés apatrides sur son territoire, est

la Convention de 1961 sur la réduction des cas d'apatride (art. 1-4), celle justement à laquelle l'Inde n'a pas adhéré.

En toute hypothèse, cette pratique ne manquera pas de réveiller le débat sur la lutte contre l'apatridie, notamment en raison des spécificités du cas présent. Reste que l'ampleur du phénomène éveille les pires craintes quant au traitement de ces populations : apatrides pour la plupart d'entre elles, elles semblent prises en étau entre deux États qui, l'un comme l'autre, les rejettent. L'Inde, leur État de résidence, ne semble guère envisager leur insertion dans le cercle de ses nationaux, tandis leur État d'origine, le Bangladesh, s'oppose à leur retour. Elles sont pour l'instant condamnées à rester à Assam, dans la précarité inhérente à leur statut, voire dans l'un des centres de détention pour migrants illégaux dont dispose l'Inde.

M. S.

ORGANISATION DES NATIONS UNIES – ENVIRONNEMENT

Echec du Pacte mondial pour l'environnement

2019/4.74 – Le 19 septembre 2017, la France avait profité d'une réunion de haut-niveau en marge de la 72^e session de l'Assemblée générale des Nations Unies pour présenter un projet de Pacte mondial pour l'environnement, reprise du Projet préliminaire du Groupe international d'experts pour le Pacte (GIEP) rendu public à Paris, en juin 2017. Le texte, très court (26 articles seulement), posait le principe du droit à un environnement écologiquement sain (art. 1^{er}), et surtout le devoir des États, des institutions internationales et de toute personne physique ou morale de prendre soin de l'environnement (art. 2).

L'initiative soutenue par la France n'était pas neutre, après l'annonce faite par l'administration Trump quelques mois plus tôt, le 1^{er} juin 2017, de se retirer de l'Accord de Paris de 2015. Rappelons seulement ici qu'en vertu de l'article 28 dudit Accord, l'annonce faite par le Président américain ne pourra être effective qu'à partir de l'automne 2020, un an après le dépôt effectif de la décision de retrait américain ; rappelons également qu'en mai 2019 la majorité de la Chambre des représentants a appelé le Président Trump à revenir sur sa décision (H.R.9, 2 mai 2019). Le retrait des États-Unis n'est donc pas encore une réalité ; il n'en demeure pas moins un signal négatif, auquel l'initiative française voulait répondre.

Forte des propositions de la France, l'Assemblée générale avait décidé, par sa Résolution 72/277 du 10 mai 2018, la création d'un Groupe de travail spécifique qui aurait pour mission de prévoir, pour le premier semestre 2019, toute une série de recommandations, « y compris sur la tenue éventuelle d'une conférence intergouvernementale en vue de l'adoption d'un instrument international ». La Résolution allait ainsi vers un Pacte mondial pour l'environnement, dans la lignée du Programme de développement durable adopté par l'Assemblée générale le 25 septembre 2015 (Résolution 70/1 : Transformer le monde à l'horizon 2030). La Résolution de 2018 avait pour perspective d'évaluer les lacunes éventuelles du droit international de l'environnement et de venir renforcer les instruments juridiques et leur mise en œuvre ; elle prenait cependant soin d'ajouter que le processus « ne doit pas porter préjudice aux instruments et régimes juridiques en vigueur pertinents ni aux organes mondiaux, régionaux et sectoriels pertinentes » (Résolution 72/277, Pt. 9).

Toujours est-il qu'au-delà de l'Accord de Paris, la volonté de l'Assemblée générale était clairement de venir renforcer le droit international de l'environnement. La Résolution de 2018 pointait un processus à suivre pour ce Groupe de travail, qui devrait être ouvert à tous les Etats membres mais également, en qualité d'observateur, aux ONG dotée du statut consultatif auprès de l'ECOSOC, et les ONG accréditées pour les conférences et sommets consacrés aux questions connexes (Résolution 72/277, Pt. 4). Il devait suivre un processus constructif, rythmé par trois réunions fondamentales qui devaient prendre place dans le premier semestre 2019.

En application de la Résolution précitée, le Secrétaire général des Nations Unies rendait public, le 3 décembre 2018, son Rapport sur un Pacte mondial de l'environnement Rapport sur les lacunes du droit international de l'environnement (Document A/73/419). Critique sur l'état actuel du droit, le Rapport pointe notamment l'absence de cadre général et la fragmentation du droit international de l'environnement ; il souligne que « cette fragmentation est inévitable compte tenu de la nature parcellaire, progressive et évolutive du droit international de l'environnement » et qu'existe une « pléthore d'institutions [qui] détiennent des responsabilités et des mandats liés à l'environnement » (§ 103). Le Rapport met également en avant la difficile articulation entre les différents instruments internationaux (§ 109) et le manque de clarté de nombreux principes environnementaux (§ 112). Il souligne, enfin, des lacunes substantielles, en particulier sur la réglementation des déchets, que ce soit dans le milieu marin (§ 107) ou s'agissant des substances et déchets dangereux (§ 108). Le Secrétaire général conclut que les Etats se doivent de travailler de concert afin de combler les lacunes du droit international de l'environnement et d'établir une gouvernance solide et efficace (§ 113).

Le processus a néanmoins accouché d'une souris. Le Groupe de travail, miné par des déchirements internes, n'a pas pu aboutir à un projet de Convention universelle qui brasserait tous les aspects du droit international de l'environnement.

Le Groupe de travail avait pourtant tenu son programme, avec trois sessions organisées en janvier, mars et mai 2019 à Nairobi (Kenya). Mais certains Etats, notamment les Etats-Unis, ont considéré dès la première session que le Rapport du Secrétaire général des Nations Unies ne respectait pas son mandat originel (savoir, pointer les lacunes éventuelles du droit international de l'environnement) et était biaisé par la perspective de l'adoption, à terme, d'un Pacte mondial. Cette posture n'est pas isolée, et plusieurs Etats se sont engagés dans cette même approche, contestant notamment l'utilisation de la Déclaration de Rio de 1992 comme source du droit international de l'environnement (Russie, Arabie Saoudite). De façon générale, la première réunion avait permis de souligner tout à la fois les dissensions entre Etats, et la prudence nécessaire face au risque de bouleversement du « consensus délicat » établi par l'actuel droit international de l'environnement (Voy. IISD, Vol. 35, n. 1 : Résumé de la première session de fond, 14-18 janvier 2019, p. 13). Dès janvier, face aux critiques soulevées par le Rapport du Secrétaire général émises par certains Etats, avait été pointé par certains le risque de glisser vers un texte non contraignant. Le débat sur la nature et le contenu du texte à venir a été poussé lors de la deuxième session du Groupe de travail, à Nairobi en mars. Du fait des points de vue divergents des différents Etats impliqués dans le processus, tant sur la forme que sur le fond, nombre d'Etats ont rappelé le principe du consensus, qui devrait guider les réflexions – et, dès lors, limitait le champ des possibles (Voy. IISD, Vol. 35, n. 2 : Résumé de la deuxième session de fond, 18-20 mars 2019, p.11). Dans ce contexte, la troisième et dernière réunion, en mai 2019, n'a pu aboutir qu'à un

constat d'échec : aucun projet de convention n'a pu aboutir (Voy. IISD, Vol. 35, n. 3 : Summary of the 3rd substantive session, 20-22 mai 2019). Les Recommandations adoptées le 22 mai 2019, qui figurent dans le Rapport final remis à l'Assemblée générale le 13 juin 2019 (document A/AC.289/6/Rev.1, § F), se limitent à rappeler l'importance du dialogue multilatéral en ce domaine, et appelle à des efforts renouvelés à tous niveaux pour renforcer la mise en œuvre des obligations déjà existantes. Surtout, ces Recommandations se limitent à proposer, pour l'horizon de juin 2022, l'adoption une « Déclaration politique » (§ F, Pt. 3, b). Nous sommes donc bien loin de l'adoption d'un Pacte normatif.

L'échec de l'initiative française est donc indéniable et incontestable, du fait de son rejet par certains « poids lourds » du multilatéralisme (Voy. p.ex. la déclaration des Etats-Unis datées du 12 avril 2019, disponible en ligne : https://globalpact.informea.org/sites/default/files/documents/US_proposal.pdf).

Dans une lettre datée du 1^{er} juillet 2019 adressée aux membres du Groupe de travail, la Présidente de l'Assemblée générale des Nations Unies affirme que le Groupe de travail a « rempli son mandat en s'accordant sur des recommandations concrètes pour l'Assemblée générale ». Le mandat, il est vrai, était limité par un objectif finalement modeste, celui de formuler « des recommandations qui pourront notamment porter sur la tenue d'une conférence intergouvernementale dans la perspective de l'adoption d'un instrument international » (Résolution 72/277, § 2). Indéniablement ce travail existe. Mais à la lecture de son contenu, il est bien en deçà des espérances portées notamment par la France en 2017 : texte non obligatoire qui prône la proclamation d'un texte de soft law, il ne se réfère plus ni aux droits des individus, ni aux obligations des Etats. Le calendrier est en outre repoussé de trois années (la Déclaration politique pourra être adoptée lors du cinquantenaire de la Déclaration de Rio de juin 1972). Il n'est pas certain que la situation climatique mondiale s'accommode au mieux de ce défaut volonté politique mondiale. On ne peut que regretter que le principe du consensus, qui a guidé les travaux du Groupe de travail, ait primé sur l'efficacité. Car la question demeure posée de savoir si l'adoption d'un texte obligatoire par une majorité d'Etats n'eut pas été préférable au silence de l'unanimité.

C.A.CH.

RÉPUBLIQUE DE CHYPRE - TURQUIE - UNION EUROPÉENNE

Sanctions européennes contre la Turquie pour ses activités gazières au large de Chypre

2019/4.75 – L'Union européenne a adopté le 15 juillet 2019 une série de mesures « politiques et financières » pour sanctionner la poursuite des forages réalisés illégalement par la Turquie dans les eaux territoriales de Chypre, concrétisant ainsi les menaces qu'elle exprimait depuis un moment à ce sujet, les dernières datant de fin juin 2019 (<http://www.lefigaro.fr/conjoncture/bruxelles-hausse-le-ton-face-a-ankara-et-coupe-des-fonds-destines-a-la-turquie-20190715>). Cette « riposte » européenne intervient à la suite de l'arrivée d'un nouveau navire de forage turc au large de l'autoproclamée République turque de Chypre du Nord (ci-après « RTCN »), une mesure provocatrice pour Nicosie, qui la perçoit comme une atteinte à sa souveraineté (<http://www.lefigaro.fr/un-second-navire-turc-de-forage-arrive-au-large-de-la-chypre-du-nord-20190708>).

Les médias rapportent que ces sanctions consistent en une coupe de 145,8 millions d'euros dans les fonds européens qui devaient être adressés à la Turquie en 2020, en

guise d'aide pour le processus de pré-adhésion à l'Union européenne. Par ailleurs, la Banque européenne d'investissement a été appelée à revoir les conditions d'octroi de financements à la Turquie.

La réaction turque n'a pas tardé : le ministère turc des Affaires étrangères a déclaré que « ces décisions ne vont pas affecter la détermination de notre pays à poursuivre ses activités d'hydrocarbures en Méditerranée orientale » (<http://www.lefigaro.fr/flash-actu/la-turquie-va-prospecter-a-chypre-malgre-la-pression-de-l-ue-20190716>). Mieux encore, la Turquie a annoncé qu'elle comptait renforcer ses activités de forage gazier au large de Chypre. Selon les propres termes du Ministre turc des Affaires étrangères, « we have three ships there, God willing we will send a fourth ship to the eastern Mediterranean as soon as possible. Let them understand they cannot deal with Turkey with such methods » (<https://www.reuters.com/article/us-cyprus-turkey-eu/turkey-says-eu-funding-cuts-will-not-affect-its-drilling-off-cyprus-idUSKCN1UB09R>).

Comme on le sait, Chypre est divisée en deux zones depuis l'invasion de la partie nord de l'île par l'armée turque en 1974 à la suite d'un coup d'Etat visant à rattacher l'île à la Grèce. Depuis, l'île est scindée en deux : d'un côté il y a la République de Chypre, membre de l'Union européenne depuis 2004, et de l'autre côté, il y a l'autoproclamée République turque de Chypre du Nord, non reconnue par la communauté internationale et jugée « nulle et non avenue » par la résolution 541 (1983) du Conseil de sécurité (v. cette « Chronique », n° 2017/3.53 et n° 2018/1.20).

La confrontation des « sanctions européennes » et des projets turcs dans la zone économique exclusive chypriote laisse apparaître plusieurs problèmes.

Premièrement, il faudrait examiner la légalité des projets turcs. La zone maritime revendiquée par les deux parties est aujourd'hui considérée comme « contestée » par la Turquie. Cette contestation résulte du chevauchement des revendications turcs et chypriotes. Ce caractère « contesté » qu'on attribue généralement à la zone en question (« zone disputée par Ankara et Nicosie » <https://www.la-croix.com/Monde/Europe/Chypre-Le-monte-entre-l-Union-europeenne-Turquie-2019-07-16-1201035762> ; « contested gas field » <https://www.theguardian.com/world/2018/mar/22/turkey-to-send-drill-ship-to-contested-gas-field-off-cyprus>) est dangereux : non seulement l'autoproclamée RTCN est le fruit de la violation du paragraphe 4 de l'article 2 de la Charte, mais « the attempt to create a « Turkish Republic of Northern Cyprus » is *invalid, and will contribute to a worsening of the situation in Cyprus* » [soulignement ajouté] selon les propres termes du Conseil de sécurité (résolution 541). Ainsi, considérer que cette situation de fait (occupation de la partie nord de l'île par la Turquie) puisse engendrer des droits au profit de la Turquie, sinon entraver les droits d'un Etat « agressé » (Chypre) ne paraît pas justifiable. Cela explique la position Chypriote, qui ne se retranche pas derrière les droits et obligations en matière de zones contestées et préfère, à juste titre, condamner les activités turques au titre de la violation de ses droits souverains.

A considérer la position turque, en imaginant que la zone est en réalité « contestée » (ce qui est très discutable, on l'aura compris), la solution devrait être cherchée dans le droit de la mer, à commencer par la Convention de Montego Bay. Le paragraphe 3 de l'article 74 de ladite convention prévoit « [qu']en attendant la conclusion de l'accord visé au paragraphe 1 [accord de délimitation], les Etats concernés, dans un esprit de compréhension et de coopération, font tout leur possible pour conclure des arrangements provisoires de caractère pratique et pour ne pas compromettre ou entraver pendant cette

période de transition la conclusion de l'accord définitif. Les arrangements provisoires sont sans préjudice de la délimitation finale ».

Il s'agit de deux obligations de moyens, complémentaires, qui, ensemble, convergent vers une solution équitable. Cette disposition est un compromis entre deux considérations : il faut que les Etats puissent exploiter la zone qu'ils revendiquent, mais sans que cela porte atteinte à leurs droits respectifs.

Seule Chypre est partie à la convention ; la Turquie ne l'a jamais signée ni ratifiée s'y est toujours opposée. En 2017 et 2018, à l'occasion de deux résolutions adoptées par l'Assemblée Générale des Nations Unies relatives au droit de la mer, invitant les Etats n'ayant toujours pas signé la convention de Montego Bay à le faire, la Turquie était le seul Etat à voter contre.

Peu de temps après l'entrée en vigueur de la Convention de Montego Bay, le secrétaire général des Nations Unies a reçu du Gouvernement turc la communication suivante : « la signature et la ratification de la Convention par la Grèce et la déclaration ultérieure faite à ce sujet ne sauraient préjuger d'aucune façon les droits et intérêts légitimes existants de la Turquie en ce qui concerne la juridiction maritime dans la région de la Mer Egée. La Turquie réserve intégralement *les droits que lui reconnaît le droit international*. La Turquie tient à déclarer qu'elle n'acquiescera à aucune revendication ou tentative visant à modifier le *statu quo* qui existe de longue date à ce sujet et priver la Turquie de ses droits et intérêts existants. *Tout acte unilatéral qui constituerait à ce sujet un abus des dispositions de la convention entraînerait des conséquences tout à fait inacceptables*. A ce sujet, la Turquie a, dès le début marqué son *opposition de façon active et persistante* » [soulignement ajouté].

Certes, cette déclaration s'inscrit dans le cadre du conflit qui oppose la Turquie et la Grèce quant à la délimitation de leur frontière maritime en Mer Egée. Cette « opposition de façon active et persistante » à la Convention de Montego Bay laisse échapper une mention non sans importance pour notre affaire sur les « acte[s] unilatéra[ux] » qui « entraîner[ont] des conséquences tout à fait inacceptables ». Cette mention est doublement intéressante : premièrement, elle est utile pour l'interprétation des règles coutumières en la matière, acceptées par la Turquie, en dehors de la Convention de Montego Bay. Deuxièmement, ce « souhait » de la Turquie est en contradiction totale avec ses activités aujourd'hui dans les eaux chypriotes.

Si la Turquie a fait preuve d'objections persistantes à la Convention de Montego Bay, il existe des règles auxquelles elle ne peut se soustraire. Par ses actes, la Turquie a violé le paragraphe 3 de l'article 2 de la Charte des Nations Unies, une violation qui vient s'ajouter à une violation initiale du paragraphe 4 du même article.

Cela n'est pas sans rappeler les interprétations juridictionnelles du paragraphe 3 de l'article 74 de la Convention de Montego Bay. Le tribunal arbitral dans l'affaire relative à la délimitation de la frontière maritime entre le Guyana et le Surinam avait déduit que selon ledit article, « in the context of activities surrounding hydrocarbon exploration and exploitation, two classes of activities in disputed waters are [...] permissible. The first comprises activities undertaken by the parties pursuant to provisional arrangements of a practical nature. The second class is composed of acts which although unilateral, would not have the effect of jeopardizing or hampering the reaching of a final agreement on the delimitation of the maritime boundary. [...]. A distinction is therefore to be made between *activities of the kind that lead to a permanent physical change, such as exploitation of oil and gas reserves, and those that do not, such as seismic exploration. [...] it should not be*

permissible for a party to a dispute to undertake any unilateral activity that might affect the other party's rights in a permanent manner. » [Soulignement ajouté] (RSA, vol. XXX, p. 133, §469).

Précisons que la Turquie mène principalement des activités de forage au large de Chypre, et qu'elle a précédemment bloqué *manu militari* des activités d'exploration menées par le groupe italien ENI opérant pour le compte de Chypre (https://www.lemonde.fr/europe/article/2018/02/13/la-turquie-bloque-l-exploration-de-gisements-de-gaz-au-large-de-chypre_5256063_3214.html).

Ainsi, même dans une perspective de « zone contestée », la Turquie serait en violation du droit international.



Source: https://www.lemonde.fr/europe/article/2018/02/13/la-turquie-bloque-l-exploration-de-gisements-de-gaz-au-large-de-chypre_5256063_3214.html

Ankara et les forages au large de Chypre

La Turquie a annoncé de nouvelles opérations de forage de gisements gaziers en Méditerranée



Source: <https://www.capital.fr/economie-politique/regain-de-tensions-entre-ankara-et-chypre-sur-le-gaz-au-large-de-lile-1345368>

Entre temps, le Président de la RTCN Mustafa Akinci a adressé une lettre au Président chypriote Nico Anastasiades, l'invitant à s'entendre sur un système de cogestion des ressources.

Le contenu de la lettre n'a pas été rendu public, mais certains médias rapportent qu'elle se résume à un ultimatum : les turcs arrêteront les forages à condition que Chypre admette l'idée d'une cogestion (<https://balkaneu.com/akinci-sends-letter-to-anastasiades-on-the-natural-gas-we-will-stop-if-you-accept-what-ankara-says/>).

Dans un communiqué, le ministère turc des Affaires étrangères, saluant la « proposition » de la RTCN, a précisé qu'elle « vise à créer un mécanisme de coopération entre les chypriotes turcs et grecs, *en tant que copropriétaires de l'île, à propos des ressources en hydrocarbures sur lesquelles ils ont les mêmes droits*. En tant que telle, la proposition envisage la coopération, y compris le partage des revenus, et permet aux deux parties de bénéficier simultanément des ressources en hydrocarbures. [...] Si elle est acceptée, cette proposition ouvrira une nouvelle ère de coopération entre les deux parties, renforcera la paix, la stabilité et la coopération régionales et créera également un climat propice au règlement de la question de Chypre. A cet égard, nous appelons toutes les parties, y compris les Nations Unies et l'UE, et en particulier les Etats garants, à saisir cette occasion et à soutenir cette proposition, ainsi qu'à encourager les deux parties de l'île à coopérer en matière de ressources en hydrocarbures » (<https://www.trt.net.tr/francais/turquie/2019/07/13/ankara-soutient-entierement-la-proposition-de-la-rtcn-de-cooperer-avec-le-secteur-chypriote-grec-1235245>) [soulignement ajouté].

Cette « proposition » est loin d'être amicale. Les turcs essaient d'imposer une solution où ils ont tout à gagner et rien à perdre, contrairement à Chypre. L'invitation à négocier est conditionnée par l'acceptation de toutes les revendications turques ; il s'agit donc d'une fausse invitation à régler pacifiquement le différend. Cette « proposition » a été rejetée par Chypre (<https://cyprus-mail.com/2019/07/16/party-leaders-reject-akinci-proposal-in-joint-statement/>). Toutefois, ce rejet a été suivi d'un « non papier » de la part de Chypre (<https://cyprus-mail.com/2019/08/10/anastasiades-to-send-non-paper-to-akinci-on-gas/>). Les médias rapportent que le côté chypriote proposait un partage de 30% du fond de l'énergie, qui sera établi en 2022, en échange d'une renonciation aux prétentions du côté turc à la ZEE. Cette offre a été rejetée par le Président de la RTCN Mustafa Akinci, puisqu'elle écarte le côté turc de la gestion des activités de forage et des politiques énergétiques de l'île (<http://www.hurriyetdailynews.com/greek-cyprus-offers-30-pct-of-gas-income-to-turkish-cyprus-146356>). En attendant la reprise du dialogue entre les deux parties, la Turquie continue ses forages « afin de défendre les droits de la Turquie et de la RTCN aux ressources dans la région » (traduction libre de l'anglais – <http://www.hurriyetdailynews.com/turkish-cyprus-needs-turkeys-guarantorship-more-than-ever-turkish-fm-146585>).

Cette montée des tensions coïncide avec le 45^{ème} anniversaire de l'occupation turque de la partie nord de Chypre, célébrée sous le nom de « fête de la paix et de la liberté » (<https://www.dailysabah.com/business/2019/07/22/turkey-reiterates-vow-to-safeguard-rights-of-turkish-cypriots>).

M.H.

TURQUIE

**Achat du système balistique S-400
et régime de contrôle de la technologie des missiles**

2019/4.76 – Lors de son discours à l’occasion du centième anniversaire du Congrès de Sivas, à l’occasion duquel la République turque fut constituée en septembre 1919, le Président turc Recept Tayyip Erdogan aurait publiquement affirmé « Certains ont des missiles à tête nucléaire. Mais moi, je ne dois pas en avoir. Je n’accepte pas cela ! » (<http://www.opex360.com/2019/09/05/m-erdogan-naccepte-pas-que-la-turquie-puisse-etre-privee-de-missiles-nucleaires/>). Il rappela ensuite qu’Israël disposait d’un tel arsenal et ajouta : « Nous menons actuellement nos travaux. » Deux mois plus tôt, en juillet 2019, les premières composantes du système russe de défense balistique S-400 (« système S-400 » dans ce qui suit) furent acheminées vers la Turquie (<https://fr.sputniknews.com/defense/201907121041649707-les-premiers-composants-des-s-400-achemines-en-turquie/>). L’achat par les turcs de ce système semble aussi inclure un transfert limité de technologies balistiques (<https://fr.sputniknews.com/international/201906291041550812-la-russie-transmettra-partiellement-des-technologies-pour-les-s-400-a-la-turquie/>). Ces événements, *a priori* non liés, poussent néanmoins l’observateur à se demander si la Turquie serait en violation de ses engagements sous le Régime de contrôle de la technologie des missiles (*Missile Technology Control Regime* ou « MTCR » dans ce qui suit). Le MTCR fut fondé en 1987 par les pays dits du G-7 : l’Allemagne, le Canada, la France, l’Italie, le Japon, le Royaume-Uni et les Etats-Unis d’Amérique. Depuis, trente autres pays ont rejoint le MTCR.

La Turquie est membre de ce dernier depuis 1997 (<https://mtrc.info/partners/?lang=fr>) et la Russie depuis 1995. Le MTCR est un « accord multilatéral » ayant pour objectif de limiter la prolifération des missiles, des véhicules aériens non pilotés et des technologies connexes pour les vecteurs d’une charge utile de plus de 500 kilogrammes sur une distance minimum de 300 kilomètres pouvant délivrer des armes de destruction massive (<https://www.frstrategie.org/web/documents/publications/recherches-et-documents/2017/201706.pdf>). La section « questions fréquemment posées » du site internet du MTCR affirme que « le Régime de contrôle de la technologie des missiles (RCTM) est un groupement informel de pays qui cherchent à limiter la prolifération des missiles et de la technologie des missiles (...) pour faire face à la prolifération croissante d’armes nucléaires (...) » (<https://mtrc.info/frequently-asked-questions-faqs/?lang=fr>). Il est composé de « *guidelines* », ou « *directives* », et d’une annexe de listes de technologies et équipements réglementés et n’est applicable qu’aux relations entre Etats Membres et Etats non-Membres.

Le premier problème qui se pose à l’observateur est donc de déterminer la nature juridique du MTCR. En d’autres termes, cet accord est-il un traité international, et donc un acte « apte » à être violé par ses parties ? La majorité de la doctrine considère que cet accord n’a pas une nature contraignante. En effet, les publications universitaires en la matière affirment que cet accord « does not have treaty status, it is nonbinding and not enforceable » (<https://www.nonproliferation.org/wp-content/uploads/npr/ozga12.pdf>; https://www.everycrsreport.com/files/20030408_RL31848_d939615abb94a06026b1fa5d3b98594de27e3adc.pdf). Un traité international est tout accord entre deux ou plusieurs Etats qui crée à la charge de ces Etats des engagements juridiques ayant force

obligatoire. Le MTCR néanmoins n'a pour objectif que de « coordonner les efforts nationaux de licences d'exportation visant à prévenir la prolifération de vecteurs non pilotés capables de transporter des armes de destruction massive » (Section « Notre Mission » sur le site internet du MTCR – <https://mtrc.info/?lang=fr>). Il ne semble donc pas correspondre à la définition coutumière du traité international. Au plus, il ne serait qu'un « acte concerté non conventionnel », terme employé par la Cour internationale de Justice pour décrire les accords internationaux n'ayant pas statut de traités internationaux. Afin de régler cette question de qualification, il conviendrait de se référer à l'intention des parties en la matière afin de déterminer la nature du MTCR (CPA, SA du 24 mai 2005, *Rhin de fer*, § 142). Or, dans le cas particulier de cet accord, les parties sembleraient avoir eu l'intention de ne pas s'imposer des obligations. Le langage susmentionné qui est utilisé par les parties du MTCR – « coordonner les efforts nationaux », « directives » ou « groupement informel » – tendrait à soutenir cette qualification.

Néanmoins, et bien que cet accord ne soit pas un traité international, la pratique des « Etats les plus concernés » (CIJ, *Effets juridiques de la séparation de l'Archipel des Chagos de Maurice en 1965*, Requête pour avis consultatif, 15 janvier 2018) – ceux ayant des capacités de production et d'exportation de technologies balistiques – pourrait être interprétée comme formant progressivement une coutume internationale issue du MTCR. En effet, « Le MTCR s'est aussi imposé comme une norme balistique pour les Etats non-membres, notamment pour des puissances balistiques comme la Chine et Israël, qui ont adapté leurs législations nationales en accord avec les annexes du MTCR (...) et qui, sur un plan général, se conforment aux directives. » (<https://www.frstrategie.org/web/documents/publications/recherches-et-documents/2017/201706.pdf>). On pourrait soutenir que des obligations coutumières issues de la pratique relative au MTCR sont apparues. Ces dernières ne seraient donc plus applicables qu'aux seules relations « Etat Membre-Etat non-Membre » – le champ d'application de cet accord selon ses parties –, mais serait opposable *erga omnes*, donc aussi aux relations « Etat Membre-Etat Membre ». Tant la Russie – pour avoir exporté de telles technologies – que la Turquie – pour avoir l'intention de les utiliser à des fins de production d'armes de destruction massive – pourraient se voir condamner.

A considérer qu'une coutume internationale s'est formée par suite du MTCR, les capacités du système S-400 et les intentions nucléaires turques doivent être analysées afin de déterminer si Ankara est en violation de cette coutume. Un faisceau d'indices pousse à le penser. Le système S-400 fait partie des systèmes antibalistiques dits bas endoatmosphériques (<https://www.senat.fr/rap/r10-733/r10-733-annexe2.pdf>). Selon les Russes, le système a un domaine d'interception en altitude de 0 à 20 kilomètres et emploie des missiles de classe 1,500 à 2,500 mètres par seconde. Les missiles utilisés par le système sont de types 48N6 (portée longue, 250 km), 9M96E2 (moyenne portée, 120 km ; ou courte portée, 40 km) ou 40N6 (très longue portée, 400 km). Or, selon l'Agence Anadolu, le système peut effectivement atteindre une cible à quelques 400 kilomètres de distance (<https://www.aa.com.tr/fr/monde/infographie-les-caract%C3%A9ristiques-du-syst%C3%A8me-de-d%C3%A9fense-a%C3%A9rienne-s-400-/916193>). Le système S-400 serait donc capable de dépasser le seuil imposé par le MTCR.

Le système S-400 comporte des technologies capables de dépasser le seuil des 300 kilomètres du MTCR. Pour qu'une violation soit qualifiée, les Etats concernés devront de plus prouver l'intention turque de vouloir développer des armes de destruction massive. Or, le 16 mars 2017, Hayrettin Karaman, un professeur turc de droit islamique et Cheikh perçu comme étant un proche de M. Erdogan, publia un éditorial dans le quotidien *Yeni Safak* dans lequel il suggéra que la Turquie devait développer l'arme nucléaire (<http://memri.fr/2017/04/06/un-cheikh-proche-derdogan-appelle-la-turquie-a-developper-des-armes-nucleaires/>). Il écrit en effet que « Jadis, la force militaire était constituée de flèches et de chevaux. Mais à présent, elle consiste en armement efficace inventé, au moyen de la connaissance et de la technologie modernes – les armes nucléaires étant les plus pertinentes – et en outils permettant d'utiliser de telles armes. [...] Nous devons inventer ces armes et les utiliser comme une force d'équilibre. N'employons pas d'armes de destruction massive, sauf si nécessaire, et le moyen d'éviter de les utiliser consiste à disposer de versions plus puissantes que celles de nos ennemis. » Quelques jours plus tard, le 27 mars 2017, le rédacteur en chef du même quotidien pro-gouvernemental publia aussi une tribune dans laquelle il insista sur la nécessité pour son pays de se doter de cette arme (<https://www.memri.org/reports/sensationalist-pro-erdogan-turkish-daily-calls-nuclear-weapons-stop-fighting-isis>). Six mois plus tard, en septembre 2017, la Turquie annonça avoir acheté des systèmes S-400 de la Russie (<https://www.lefigaro.fr/flash-eco/2017/09/12/97002-20170912FILWWW00075-la-turquie-achete-des-armes-a-la-russie.php>). Le Président Erdogan avait alors précisé que « Nous prenons les décisions à propos de notre indépendance seuls. Nous sommes obligés de prendre des mesures de sécurité et de défense pour défendre notre pays. » Plus récemment, le 24 septembre 2019 lors d'un discours à l'Assemblée générale des Nations Unies, M. Erdogan a aussi affirmé que le monde faisait « face à un problème d'injustice. Ceux qui possèdent l'arme nucléaire l'utilisent comme moyen de pression, menaçant ceux qui ne l'ont pas. Il faut soit l'interdire à tout le monde, soit la rendre accessible à tout le monde. » (<https://fr.sputniknews.com/international/201909241042151757-erdogan-sur-larme-nucleaire-soit-linterdire-soit-la-rendre-accessible-a-tout-le-monde/>).

De plus, la Turquie avait créé en 1956 une commission à l'énergie atomique (<http://www.opex360.com/2019/09/05/m-erdogan-naccepte-pas-que-la-turquie-puisse-etre-privee-de-missiles-nucleaires/>). Cette dernière fut ensuite remplacée par l'Institut turc à l'énergie atomique, le TAEK, en 1982, et le pays laissa progressivement tomber ses projets nucléaires, en particulier en juillet 2000 sous le Premier ministre Bulent Ecevit. La prise de pouvoir de M. Erdogan changea néanmoins la donne. M. Erdogan affirma en effet que son pays avait besoin de développer ses capacités nucléaires civiles afin de palier à sa demande énergétique grandissante. La Turquie entreprit donc de construire deux centrales nucléaires, l'une avec l'aide du russe Rosatom et la seconde à travers un consortium franco-japonais Engie-Areva-Mitshubishi Heavy Industries-Itochu. Ce projet fut progressivement abandonné, en particulier après le retrait d'Engie. Néanmoins, le premier projet, conclu en 2011 et fruit du rapprochement turco-russe du début des années 2010, fut relancé en avril 2018 lors d'une visite officielle de Vladimir Poutine en Turquie (<http://www.slate.fr/story/92515/turquie-arme-atomique>).

Or, « La Turquie s'est abstenue de fixer contractuellement la fourniture d'uranium et la restitution du combustible irradié. Au contraire, elle a insisté pour le faire séparément plus tard. Ankara n'a pas expliqué cette manœuvre inhabituelle dans les négociations. Mais l'intention sous-jacente est facile à comprendre : les dirigeants turcs veulent garder ces parties du programme nucléaire entre leurs mains – et elles sont essentielles pour tout Etat qui souhaite développer des armes nucléaires » (<http://www.opex360.com/2019/09/05/m-erdogan-naccepte-pas-que-la-turquie-puisse-etre-privee-de-missiles-nucleaires/>). Tous ces éléments constituent des signaux faibles d'un souhait – ou d'un plan – potentiel turc d'acquisition de l'arme nucléaire qui ferait partie de la violation du MTCR par ce pays.

Quelle forme pourra donc prendre la condamnation de la Turquie pour une telle violation de ses engagements internationaux ? Le MTCR ne prévoit pas de mécanisme interne de sanction en cas de violation et les Etats Membres se limitent en général à des discussions officieuses, toujours tenues secrètes. Les Etats-Unis d'Amérique, déjà frustrés par l'achat du système S-400 par la Turquie pour des raisons purement politique et de stratégie otanienne, pourraient aussi se fonder sur cet accord dans leur condamnation – ou la sanction – de la Turquie. Néanmoins, si Washington décide d'utiliser – encore une fois – l'arme des sanctions unilatérales, les Etats-Unis et le MTCR en général risquent d'être accusés d'avoir pour simple objectif de limiter le développement balistique et des moyens de défense des pays non-industrialisés ou en voie d'industrialisation. Le Pakistan avait déjà affirmé en 1997 dans un document soumis aux Nations Unies que : « The MTCR is not a negotiated multilateral treaty. It is a cartel formed by some industrialized countries for the purpose of placing controls on the transfer of technology which could contribute to the manufacture of ballistic missiles with nuclear weapons delivery systems. (...) It is, therefore, essentially an arrangement for promoting their own security interests only. »

Au contraire, si les Etats-Unis d'Amérique ou les autres Membres du MTCR conservent le silence quant aux actions turques relatives à cet accord, ils risquent d'aggraver la prolifération nucléaire auquel assistent depuis quelques années les régions du Proche-Orient et du Moyen-Orient. En effet, d'autres puissances régionales, telles que l'Egypte et l'Arabie saoudite, seraient actuellement en cours de négociation avec Washington pour l'obtention de contrats de construction de sites nucléaires (<https://www.armscontrol.org/act/2019-03/news-briefs/report-blows-whistle-saudi-nuclear-talks>). De plus, Riyad a déjà annoncé, et d'une façon plus vocale depuis la montée en puissance du jeune prince héritier Mohammed ben Salman ben Abdul Aziz Al Saoud, qu'elle n'excluait pas d'acquérir à long terme une dissuasion nucléaire capable de dissuader tant Téhéran qu'Ankara (<https://www.theguardian.com/world/2018/mar/15/saudi-arabia-iran-nuclear-bomb-threat-mohammed-bin-salman>). La prolifération nucléaire aux portes Sud-Est de l'Europe est devenue un risque sérieux.

PH. B.N.

UNION EUROPÉENNE – AECCG/CETA

Avis n° 1/17 - Conformité du système juridictionnel des investissements au droit primaire de l'Union européenne

2019/4.77 – La saga des relations houleuses entre le droit de l'Union européenne et le droit international des investissements étrangers connaît un nouvel épisode avec l'avis 1/17 remis par la Cour de justice de l'Union européenne réunie en assemblée plénière le 30 avril 2019. La Cour était interrogée sur la compatibilité du mécanisme de règlement des différends entre les investisseurs et les Etats (RDIE) prévu dans l'Accord économique et commercial global signé avec le Canada (AECCG ou CETA) en 2016 et non encore entré en vigueur s'agissant de cette partie du traité. Alors qu'elle s'était jusqu'alors montrée peu conciliante vis-à-vis des accords de promotion et de protection des investissements étrangers, la Cour de justice n'a rien trouvé à redire au volet procédural du chapitre huit du CETA consacré aux investissements, validant par là-même le nouveau modèle de « système juridictionnel des investissements » voulu par l'Union européenne.

Précédemment, les institutions de l'Union s'étaient déjà prononcées sur la compatibilité des traités bilatéraux d'investissements (TBI) avec les traités européens, adoptant généralement une position négative. Dès 2009, à l'occasion de recours en manquement intentés par la Commission contre trois Etats membres, la Cour de justice avait constaté l'incompatibilité des TBI extra-européens en cause du fait de clauses de libre transfert des capitaux susceptibles d'entrer en conflit avec d'éventuelles décisions restrictives du Conseil (*Commission c. Autriche*, aff. C-205/06, et *Commission c. Suède*, aff. C-249-06, arrêts, gr. ch., 3 mars 2009, *Commission c. Finlande*, aff. C-118/07, arrêt, 19 novembre 2009, suivis en 2012 du Règlement (UE) n°1219/2012 du Parlement européen et du Conseil « établissant des dispositions transitoires pour les accords bilatéraux d'investissement conclus entre des Etats membres et des pays tiers »). S'agissant des TBI liant des Etats membres entre eux, la Cour a jugé l'an dernier dans un arrêt retentissant que la procédure d'arbitrage investisseur/Etat contenue dans le TBI intra-communautaire en cause était susceptible d'entrer en contradiction avec les principes de confiance mutuelle, de coopération loyale et d'autonomie de l'ordre juridique de l'UE, et qu'il était par conséquent incompatible avec les traités (*Achmea*, aff. C-284/16, gr. ch., 6 mars 2018).

S'agissant des accords de libre-échange contenant un volet investissements, un autre accord du même type que le CETA, celui négocié avec Singapour, avait été soumis à l'avis de la Cour de justice mais la demande adressée par la Commission portait exclusivement sur la nature exclusive ou partagée de la compétence de l'Union pour conclure le traité (avis 2/15 du 16 mai 2017, v. cette « Chronique », n° 2017/3.62). Au cours du raisonnement qui l'avait conduite à reconnaître que certains aspects de l'accord relevaient d'une compétence partagée (les dispositions s'appliquant aux investissements étrangers autres que directs et celles relatives au RDIE), la Cour avait seulement constaté à propos du mécanisme d'arbitrage qu'il « soustr[ay]ait des différends à la compétence juridictionnelle des Etats membres » et « ne saurait, dès lors, être instauré sans le consentement de ceux-ci » (§ 292).

L'avis 1/17 de la Cour de justice aborde la question de la compatibilité au fond du mécanisme de règlement des différends entre les investisseurs et les Etats (comprendre également l'Union européenne) du CETA. Il ne concerne pas le TBI d'un Etat membre.

Il concerne l'important accord de libre-échange signé par l'Union européenne et les vingt-huit avec le Canada le 30 octobre 2016 après plus de six années de négociation et grâce à d'ultimes tractations avec la Belgique (v. Fl. Couveinhas Matsumoto, « L'épopée de la Wallonie et la signature de l'AECG/CETA », cette *Revue* 2017-1, pp. 69-85), dont le chapitre huit consacré aux investissements avait fait l'objet d'un débat public tel qu'il avait été finalement revu (v. cette « Chronique », n° 2016/4.121), un accord qui a en outre été approuvé par le Parlement européen le 15 février 2017, dont presque toutes les dispositions sont appliquées à titre provisoire depuis le 21 septembre 2017 et qui est actuellement soumis aux procédures internes de ratification dans chaque Etat membre. Bref, la demande d'avis portait sur un traité dont il paraissait douteux qu'il puisse être remis en cause par la Cour de justice nonobstant l'inclinaison de cette dernière jusqu'alors peu favorable aux accords d'investissements et même si l'on sait qu'elle ne manque parfois pas d'audace. On se souvient par exemple de son rejet du projet d'accord d'adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme (Ass. plén., avis 2/13 du 18 décembre 2014) et ce d'ailleurs pour des motifs proches de ceux qui l'avait conduite à rejeter l'arbitrage d'investissement dans l'arrêt *Achmea* précité. Ces mêmes motifs n'étaient-ils pas transposables au cas qui lui était cette fois soumis ? Tout aurait pu conduire à le penser, si ce n'était les différences notables du nouveau mécanisme de RDIE de l'AECG/CETA par rapport aux procédures d'arbitrage classiques des TBI.

La section F du chapitre huit du CETA prévoit en effet la création non pas de tribunaux arbitraux établis au cas par cas comme traditionnellement, mais d'un Tribunal et d'un Tribunal d'appel permanents, selon un schéma conçu comme une première étape avant la mise en place d'« un tribunal multilatéral des investissements et [d']un mécanisme d'appel connexe » (art. 8.29) élargi à d'autres partenaires de l'UE et du Canada. Comme l'avocat général Y. Bot le décrit clairement dans ses conclusions, les Parties souhaitaient en effet la création d'un « système juridictionnel des investissements », c'est-à-dire d'un « cadre procédural institutionnalisé [...] destiné à remédier aux carences attribuées au système de RDIE classique » (concl., § 7). Les critiques étaient en effet nombreuses et d'une certaine gravité : ont été dénoncés le manque de légitimité et d'indépendance des tribunaux arbitraux, l'incohérence et l'imprévisibilité des sentences, l'accessibilité des procédures aux seuls investisseurs fortunés et surtout la capacité des tribunaux arbitraux à remettre en cause le droit des Etats de régler dans l'intérêt général. En dépit du caractère permanent des deux tribunaux créés, qui aurait été susceptible de conduire à leur qualification d'organes judiciaires, le mécanisme continue toutefois d'emprunter beaucoup à l'arbitrage de sorte qu'il présente un caractère « hybride » selon l'expression de l'avocat général (concl., § 18) repris par la Cour (avis, § 90 ; v. aussi § 197 sur l'indifférence à l'égard de l'indétermination de la nature judiciaire ou arbitrale des Tribunaux de l'AECG).

Soulevée par la Belgique conformément à l'article 218 § 11 TFUE, la question posée visait à la fois la compatibilité avec les traités et avec les droits fondamentaux : « [l'AECG] [...] est-il, en son chapitre 8 ("Investissements"), section F ("Règlement des différends relatifs aux investissements entre investisseurs et Etats"), compatible avec les traités, en ce compris les droits fondamentaux ? ». L'Etat belge exprimait trois séries de préoccupations : relatives au respect de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union, du principe général d'égalité et de l'exigence d'effectivité du droit de l'Union et au droit à un tribunal indépendant. Majoritairement, les gouvernements des Etats membres

soutenaient une position favorable, tout comme la Commission bien entendu ainsi que l'avocat général dans ses conclusions. La Cour répondit tour à tour à chacune des interrogations soulevées.

S'agissant en premier lieu du respect de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union, la Cour dégage deux conditions qui garantissent selon elle que le mécanisme de règlement des différends n'est pas « de nature à empêcher l'Union de fonctionner conformément à [son] cadre constitutionnel » (§ 112) : les tribunaux envisagés doivent n'avoir « aucune compétence d'interprétation ou d'application du droit de l'Union autre que celle d'interpréter et d'appliquer [l'AECG] à l'aune des règles et des principes de droit international applicables entre les parties » ; en outre, ils ne doivent pas pouvoir « rendre des sentences ayant pour effet d'empêcher les institutions de l'Union de fonctionner conformément au cadre constitutionnel de celle-ci » (§ 119). La première condition est satisfaite puisque l'Accord contient des dispositions relatives au droit applicable intimant le Tribunal et le Tribunal d'appel de n'appliquer que l'AECG et le droit international public et lui interdisant de connaître de toute question de légalité fondée sur le droit interne d'une Partie ; il ne peut être tenu compte de ce dernier qu'en tant que question de fait (v. les articles 8.31 § 1 et § 2). Ainsi, remarque la Cour, est-il cohérent qu'aucune procédure d'implication préalable de la Cour ou de réexamen de la sentence par les tribunaux internes ne soit prévue. La seconde condition est également satisfaite puisque le Tribunal de l'AECG ne peut annuler la mesure contestée ni exiger sa mise en conformité ni infliger de sanctions à l'encontre de la partie défaillante. Il peut uniquement condamner au versement de dommages-intérêts non punitifs pour violation d'une obligation du traité (v. art. 8.39), ce qui ne représente pas une particularité, les tribunaux arbitraux internationaux ne pouvant davantage décider autrement.

Toujours au sujet du respect de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union, la Cour poursuit en s'attelant au sujet controversé du maintien du droit de réglementer dans l'intérêt général : « [s]i l'Union concluait un accord international susceptible d'avoir pour effet que l'Union – ou un Etat membre dans le cadre de la mise en œuvre du droit de l'Union – doive modifier ou retirer une réglementation en raison d'une appréciation faite par un tribunal extérieur à son système juridictionnel du niveau de protection d'un intérêt public fixé, conformément au cadre constitutionnel de l'Union, par les institutions de celle-ci, force serait de conclure qu'un tel accord compromet la capacité de l'Union à fonctionner de manière autonome dans son propre cadre constitutionnel » (§ 150). Or à cet égard, les auteurs du traité semblent avoir pris toutes les précautions. L'impossibilité pour les tribunaux de l'AECG de remettre en cause le droit de réglementer est inscrite partout dans l'Accord : à l'article 8.9 § 1 et § 2 qui affirme ce droit et exclut que son exercice puisse constituer une violation de l'Accord, à l'article 28.3 § 2 décrivant les exceptions de fond, aux points 1 d) et 2 de l'instrument interprétatif commun adopté par les parties et faisant partie intégrante du traité ainsi qu'au point 3 de l'Annexe 8-A consacré à la définition d'une expropriation indirecte. En outre, l'obligation de traitement juste et équitable fait l'objet d'une description si détaillée à l'article 8.10 qu'il semble exclu qu'une réglementation adoptée en vue de poursuivre des objectifs légitimes d'intérêt général puisse y être déclarée contraire. Un tel arsenal juridique exclut d'après la Cour « toute compétence, pour ces tribunaux, de remettre en cause les choix démocratiquement opérés au sein d'une Partie en matière, notamment, de niveau de protection de l'ordre public, de la sécurité publique, de la moralité publique, de la santé

et de la vie des personnes et des animaux, de l'innocuité alimentaire, des végétaux, de l'environnement, du bien-être au travail, de la sécurité des produits, des consommateurs ou encore des droits fondamentaux » (§ 160). Ainsi le mécanisme de règlement des différends relatifs aux investissements ne peut-il porter atteinte à l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union.

La Cour lève ici les craintes relatives à la transposition des raisonnements qu'elle avait notamment tenus à l'occasion de l'avis 2/13 et de l'affaire *Achmea* (v. aussi les avis 1/91 sur l'Accord EEE-I et 1/09 sur la création d'un système unifié de règlement des litiges en matière de brevets). Contrairement au projet d'adhésion de l'Union à la CEDH, l'AECG préserve en effet la compétence exclusive de la Cour pour statuer sur la répartition des compétences entre l'Union et ses Etats membres selon la Cour. En particulier, l'Accord prévoit qu'il revient aux institutions de l'Union de définir qui d'elle ou des Etats est partie défenderesse dans chaque affaire (art. 8.21). En outre, le principe de confiance mutuelle mis en œuvre dans les deux procédures précitées n'est pas en cause s'agissant du CETA : ne liant que les institutions et les Etats membres, il n'est pas applicable dans les relations avec un Etat tiers affirme la Cour. Enfin, la situation soumise ici n'est pas identique à celle présente dans l'affaire *Achmea* puisqu'aux dires de la Cour de justice, le TBI applicable dans cette affaire « instituait un tribunal amené à résoudre des litiges pouvant concerner l'interprétation ou l'application du droit de l'Union » (§126) contrairement à l'AECG. Il est vrai que l'article 8 du TBI en cause dans l'affaire *Achmea* mettait en place une procédure applicable à « tout différend entre l'une des parties contractantes et un investisseur de l'autre partie contractante relatif à un investissement de ce dernier » et qu'il désignait au titre du droit applicable non seulement le TBI lui-même mais aussi tout accord conclu entre les Etats parties, ce qui était susceptible de comprendre les traités de l'Union, et le droit interne des Etats parties, ce qui était susceptible de comprendre le droit de l'Union. Or les tribunaux arbitraux créés au titre de cette disposition se situent à l'extérieur du système juridictionnel de l'Union et ne peuvent saisir la Cour par renvoi préjudiciel. La procédure arbitrale prévue dans le TBI présentait ainsi des caractéristiques qui la rendait susceptible d'affecter la pleine efficacité du droit de l'Union. Contrairement au mécanisme de RDIE prévu dans l'AECG, elle devait par conséquent être condamnée.

En deuxième lieu, les interrogations relatives à la compatibilité du mécanisme de RDIE portaient sur le respect du principe d'égalité et de l'exigence d'effectivité. La Belgique s'inquiétait notamment de la différence de traitement entre les ressortissants canadiens et les ressortissants des Etats membres investissant sur le territoire de l'Union. Seuls les premiers ont un accès au mécanisme juridictionnel prévu dans le CETA. Toutefois comme le constate la Cour, le principe de non-discrimination à raison de la nationalité n'est pas en cause dès lors que ce dernier ne s'applique pas aux différences de traitement entre les ressortissants d'Etats membres et ceux d'Etats tiers. On remarque que l'Union serait sinon tenue d'aligner le régime juridique des ressortissants d'Etats tiers sur celui des européens, ce qui serait bien entendu excessif. Le principe général d'égalité quant à lui, bien qu'applicable, n'est pas davantage enfreint, les deux catégories d'investisseurs visés n'étant pas placés dans des situations comparables. Or il est bien connu que traitement égal n'est dû qu'à situation égale. Seuls les investisseurs canadiens apparaissent comme des investisseurs étrangers et c'est à ce titre, comme l'explique la Cour, qu'ils bénéficient de la protection juridictionnelle en cause. En outre, la Cour note

que les investisseurs européens ne sont pas dépourvus de voies de recours pour contester une mesure telle par exemple qu'une amende infligée pour violation des règles de concurrence. Pour la même raison, l'effectivité du droit de la concurrence de l'Union n'est pas affectée par le risque qu'une sentence déclare qu'une telle mesure viole une obligation du chapitre huit du CETA : « le droit de l'UE permet lui-même l'annulation de l'amende lorsque celle-ci est entachée d'un vice correspondant à celui que le Tribunal de l'AECG pourrait constater » (§ 187).

En troisième et dernier lieu, la Cour devait se prononcer au regard du droit d'accès à un tribunal indépendant garanti à l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux. Elle reconnaît qu'il revient à l'Union de « veiller, au regard de la nature et des spécificités de tels organes [les Tribunaux de l'AECG] ainsi que du contexte international dans lequel lesdits organes s'inscrivent, à ce que le chapitre huit, section F, de l'AECG et tout autre texte qui en détermine la portée garantissent que, une fois cet accord conclu et mis en œuvre, les tribunaux constitués auront, chacun, les caractéristiques d'un tribunal accessible et indépendant » (§ 191). Cette question comporte deux volets relatifs à l'accessibilité et à l'indépendance. L'exigence d'accessibilité, tout d'abord, n'empêche pas que des restrictions proportionnées s'imposent, liées par exemple au paiement des frais de justice. S'agissant du mécanisme du CETA, la Cour remarque toutefois l'existence d'un « risque financier » pesant sur l'investisseur, lié à l'éventualité qu'en cas de rejet de la plainte, le demandeur ait à supporter les honoraires et les frais des membres du Tribunal. Ce risque peut avoir un effet dissuasif à l'égard des investisseurs détenant des moyens financiers limités reconnaît la Cour, ce qui semble incohérent tant vis-à-vis de l'ouverture du mécanisme à tout investisseur visé qu'au regard de l'objectif de commerce libre et équitable poursuivi par l'établissement du mécanisme de RDIE. A défaut d'un régime défini dans l'Accord lui-même facilitant l'accès aux investisseurs dépourvus de ressources financières importantes, il importe dès lors pour la Cour que des engagements aient été pris par les Parties à cet égard. Or les dispositions du traité ne contiennent qu'une promesse énoncée à l'article 8.39 § 6 que des règles complémentaires seront prises en ce sens, mais la « déclaration n°36 de la Commission et du Conseil » contient pour sa part un engagement, suffisant d'après la Cour, que des mesures adéquates seront rapidement adoptées et mises en œuvre.

La Cour donne ici effet juridique à une déclaration des institutions européennes pourtant dépourvue de valeur conventionnelle. Adoptée *in extremis* en octobre 2016 par le Conseil pour obtenir la signature du CETA par la Belgique, la déclaration n°36 fait seulement « partie intégrante du contexte dans lequel le Conseil adopte la décision d'autoriser la signature de l'AECG au nom de l'Union » (phrase explicative précédant la déclaration). Conformément à l'article 218 § 11 TFUE, la Cour ne doit toutefois se prononcer sur l'AECG qu'en tant qu'« accord envisagé ». Or grâce aux termes de la déclaration n°36, la Cour peut constater – un peu commodément – que la conclusion de l'AECG est « envisagée en se fondant sur la prémisse que l'accessibilité financière du Tribunal et du Tribunal d'appel de l'AECG à l'ensemble des investisseurs de l'Union visés sera assurée » (§ 221). Ainsi l'accord envisagé n'est-il pas incompatible avec l'exigence d'accessibilité des Tribunaux de l'AECG. Certes est-il heureux du point de vue de la sécurité juridique et de l'effectivité des promesses faites par des sujets de l'ordre juridique international, qu'une telle déclaration d'une Partie contractante ne soit pas laissée sans effet juridique, mais il est également indéniable qu'une telle

interprétation accommodait la Cour. La tenue des « engagements » ainsi pris par la Commission et le Conseil dans la déclaration n°36 leur sera-t-il néanmoins opposable à l'avenir ?

Enfin, la Cour devait se prononcer sur les garanties d'indépendance de ces nouveaux tribunaux, autre sujet controversé apparu dans le débat public ayant entouré la signature du CETA. Sur ce point, la Cour constate que les dispositions de l'AECG comportent les garanties suffisantes tant s'agissant du volet externe de l'exigence d'indépendance, relatif au fonctionnement autonome des tribunaux, que s'agissant de son volet interne, relatif à l'impartialité de leurs membres. Les vérifications de la Cour portent sur la durée du mandat, les qualités requises des membres des deux Tribunaux, leur rémunération, leur inamovibilité et les conditions de leur révocation (aspect externe), sur les modalités de composition des divisions appelées à connaître des affaires, l'indépendance des membres vis-à-vis des gouvernements et l'absence recherchée de conflit d'intérêts direct ou indirect (aspect interne). En particulier, l'attention de la Cour est attirée sur les compétences attribuées en la matière au « Comité mixte de l'AECG » créé par le traité. Coprésidé par le ministre du commerce international du Canada et le commissaire européen chargé du commerce, cet organe est composé de représentants de l'Union européenne et du Canada. Il adopte ses décisions par consentement mutuel. Le Comité mixte est notamment compétent pour nommer et révoquer les membres des Tribunaux, ainsi que pour définir les conditions de leur rémunération. Assimilant le Comité à un organe exécutif, la Belgique soupçonnait une atteinte aux principes de séparation des pouvoirs. Ces compétences s'exercent toutefois, remarque la Cour, conformément aux garanties fixées par le traité lui-même. Il n'y aurait donc pas d'inquiétude à avoir quant à leur respect. S'agissant des interprétations contraignantes de l'Accord susceptibles d'être adoptées par le Comité mixte, une telle pratique n'est ni interdite ni inhabituelle en droit international comme le remarque la Cour. En outre, les interprétations rendues devront être conformes au droit primaire de l'Union conformément à l'article 218 § 9 TFUE. A nouveau ici, aucune difficulté n'est à relever selon la Cour.

Ainsi la CJUE conclut-elle à la compatibilité du mécanisme de règlement des différends entre les investisseurs et les Etats ou l'Union européenne envisagé au chapitre huit du CETA avec le droit primaire de l'Union. L'accord peut entrer en vigueur conformément à l'article 218 § 11 TFUE.

Pour finir, il est intéressant de relever le plaidoyer de la Cour en faveur des tribunaux internationaux d'investissements : « l'insertion dans l'AECG de dispositions en matière de traitement non discriminatoire et de protection des investissements, et l'instauration de tribunaux extérieurs aux systèmes juridictionnels des Parties pour assurer le respect de ces dispositions, ont pour but de donner pleine confiance aux entreprises et aux personnes physiques d'une Partie qu'elles seront traitées, quant à leurs investissements sur le territoire de l'autre Partie, sur un pied d'égalité par rapport aux entreprises et personnes physiques de cette dernière, et qu'elles bénéficieront de la sécurité de leurs investissements sur le territoire de cette autre Partie [...] l'indépendance des tribunaux envisagés à l'égard de l'Etat d'accueil et l'accès à ces tribunaux pour les investisseurs étrangers, sont indissociablement liés à l'objectif du commerce libre et équitable énoncé à l'article 3, paragraphe 5, TUE et poursuivi par l'AECG » (§ 199-200). La Cour évoque le caractère externe du mécanisme de règlement des différends ; il est regrettable qu'elle n'y insiste pas davantage. Son avocat général n'y avait pas davantage prêté

attention, alors que c'est dans ce caractère que réside l'intérêt principal du recours aux tribunaux internationaux, qu'il s'agisse des tribunaux d'investissements ou de la Cour européenne des droits de l'homme par exemple. Dans les rapports avec le Canada, la question pouvait se poser de l'intérêt de mettre en place de telles précautions procédurales. Les investisseurs canadiens en Europe et les investisseurs européens au Canada ont-ils vraiment à craindre des agissements de leurs hôtes ? Surtout ne peuvent-ils pas avoir pleine confiance envers les juridictions internes pour régler toute situation discriminatoire ou arbitraire ? Dans ses conclusions, l'avocat général n'avait pas pleinement répondu à cette interrogation. Il avait évoqué l'absence d'effet direct de l'AECG, qui rend en effet cohérent la création du mécanisme juridictionnel international, et l'objectif poursuivi par l'Union de définir un modèle qui sera applicable au-delà des rapports avec le Canada. L'intérêt se situe également dans la mise en place d'un contrôle extérieur aux Etats parties et à leurs ordres juridiques.

Important pour l'avenir du droit international des investissements, cet avis signe peut-être la réconciliation entre les deux systèmes normatifs. Un autre indice d'apaisement des rapports entre le droit de l'UE et le droit international des investissements provient du récent arrêt du Tribunal de l'Union européenne rendu le 18 juin 2019 dans l'affaire *Micula*. Le Tribunal a finalement décidé l'annulation de la décision de la Commission qui avait qualifié d'aide d'Etat illégale le paiement par la Roumanie des dommages-intérêts octroyés aux investisseurs suédois au titre d'une sentence CIRDI.

C.C.D.

CHRONIQUE DE JURISPRUDENCE INTERNATIONALE

Sous la direction de

Niki ALOUPI et Pierre-François LAVAL

avec les notes de

**Julien CAZALA, Rémi CÈBE, Claire CRÉPET DAIGREMONT,
Nicolas HAUPAIS, Julie FERRERO, Rémy PROUVÈZE, Hélène RASPAIL,
Muriel SOGNIBÉ SANGBANA, Julie TAVERNIER**

SOMMAIRE

I. CONTENTIEUX INTERÉTATIQUE

A. RELATIONS CONSULAIRES

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

Arrêt du 17 juillet 2019, *Affaire Jadhav (Inde c. Pakistan)* 961

B. DROIT DE L'OMC

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

Rapport de l'Organe d'appel du 11 avril 2019, *Corée – Interdictions d'importer,
et prescriptions en matière d'essais et de certification pour les radionucléides
(DS 495)*..... 967

Rapport de l'Organe d'appel du 16 juillet 2019, *Etats-Unis – Mesures
compensatoires visant certains produits en provenance de Chine. Recours de la
Chine à l'article 21:5 du Mémoire d'accord (DS 437)* 970

II. CONTENTIEUX TRANSÉTATIQUE

A. DROITS DE L'HOMME

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

Arrêt du 8 juillet 2019, Grande Chambre, *Mihalache c. Roumanie*, req. n° 54012/10 .. 973

Arrêt du 9 juillet 2019, *Romeo Castaño c. Belgique*, req. n°8351/17..... 976

Arrêt du 9 juillet 2019, *Volodina c. Russie*, req. n°41261/17 980

Arrêt du 16 juillet 2019, *Zhdanov et al. c. Russie*, req. n°s 12200/08, 35949/11 et
58282/12 983

Arrêt du 18 juillet 2019, *T.I. c. Grèce*, req. n° 40311/10..... 985

Arrêt du 17 septembre 2019, *Akdağ c. Turquie*, req. n° 75460/10 987

R.G.D.I.P. 2019-4

Arrêt du 10 octobre 2019, *O.D. c. Bulgarie*, req. n°34016/18..... 988

COUR AFRICAINE DES DROITS DE L’HOMME ET DES PEUPLES

Arrêt du 28 juin 2019, fond et réparation, *Alfred Agbesi Woyome c. République du Ghana*, req. n°001/2017..... 993

Ordonnance du 4 juillet 2019, intervention, *Commission Africaine des droits de l’homme et des peuples c. République du Kenya*, Demandes d’intervention de Wilson Barngetuny Koimet et 119 autres et de Peter Kibiegog Rono et 1300 autres, req. n° 006/2012 995

Arrêt du 4 juillet 2019, réparation, *Alex Thomas c. République Unie de Tanzanie*, req. n° 005/2013..... 996

B. DROIT DES INVESTISSEMENTS

TRIBUNAL ARBITRAL CIRDI

Sentence du 31 juillet 2019, *SolEs Badajoz c. Espagne* (ARB/15/38)..... 999

Sentence du 6 août 2019, *Lao Holdings N.V. c. Laos* (ARB(AF)/12/6)..... 1001

COUR PERMANENTE D’ARBITRAGE

Sentence finale du 3 septembre 2019, *Michael Ballantine & Lisa Ballantine c. République dominicaine* (n° 2016-17) 1002

III. CONTENTIEUX NON-ÉTATIQUE

A. DROIT PÉNAL INTERNATIONAL

COUR PÉNALE INTERNATIONALE

Judgement du 8 juillet 2019 (Trial Chamber IV), *Situation in the Democratic Republic of the Congo in the case of the Prosecutor v. Bosco Ntaganda* (ICC-01/04-02/06)..... 1005

Judgment on the appeals against Trial Chamber II’s ‘Decision Setting the Size of the Reparations Award for which Thomas Lubanga Dyilo is Liable’ du 18 juillet 2019 (Appeal Chamber), *Situation in the Democratic Republic of the Congo in the case of the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo* (ICC-01/04-01/06 A7 A8)..... 1007

Judgment on the appeal of the Prosecutor against Pre-Trial Chamber I’s ‘Decision on the “Application for Judicial Review by the Government of the Union of the Comoros”’ du 2 septembre 2019 (Appeal Chamber), *Situation on Registered Vessels of the Union of the Comoros, the Hellenic Republic and the Kingdom of Cambodia* (ICC-01/13 OA 2) 1008

B. DROIT INTERNATIONAL DE LA FONCTION PUBLIQUE

TRIBUNAL ADMINISTRATIF DE L’ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL

Jugement 4171 du 3 juillet 2019, *F. (n°s 5, 6 et 7) c. UNESCO* 1010

I. CONTENTIEUX INTERÉTATIQUE

A. RELATIONS CONSULAIRES

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

Arrêt du 17 juillet 2019, *Affaire Jadhav (Inde c. Pakistan)*

Recevabilité – abus de procédure – abus de droit – « mains propres » – Convention de Vienne sur les relations consulaires – assistance consulaire – espionnage

L'affaire *Jadhav* s'inscrit dans des demandes désormais récurrentes devant la Cour, concernant le manquement allégué d'Etats aux obligations découlant de l'assistance consulaire consacrée à l'article 36 de la Convention de Vienne du 24 avril 1963. Ces affaires ne sont pas « ontologiquement » liées à la question de la peine de mort mais il faut remarquer que ce sont dans des cas où elle est en jeu que la Cour a été amenée à statuer. M. Jadhav, ressortissant indien, a été arrêté le 3 mars 2016 pour des faits de terrorisme et d'espionnage. Les autorités consulaires n'ont été averties que trois semaines plus tard et n'ont pu, d'une quelconque manière, accéder à leur ressortissant, malgré dix notes verbales adressées au Pakistan. M. Jadhav a été condamné à la peine de mort le 10 avril 2017, par une Cour martiale. Il a été assisté, lors de son procès, par un « officier juriste qualifié » qui a donc assuré sa défense. Le Pakistan, de son côté, a sollicité la coopération de l'Inde pour l'enquête, qui a refusé de satisfaire à la demande, considérant qu'elle lui donnerait satisfaction dès lors qu'elle aurait pu exercer son droit à l'assistance consulaire. En juin 2017, le Pakistan a informé que M. Jadhav avait introduit un recours en grâce. La Cour est également intervenue entretemps, par une ordonnance du 18 mai 2017, selon laquelle le Pakistan ne doit pas procéder à l'exécution du condamné.

La Cour a établi, sans difficulté particulière, sa compétence au regard du protocole de signature facultative adossé à la Convention de 1963, auquel Inde et Pakistan sont parties. Trois exceptions d'irrecevabilité ont, en revanche, été soulevées par le Pakistan, toutes rejetées. Il convient d'y revenir brièvement. La première concerne l'abus de procédure devant la Cour. Cette invocation se décline en deux arguments. Le premier concerne l'absence de mention par l'Inde de « faits hautement pertinents » lors de la demande en indication de mesures conservatoires, en particulier la possibilité d'un recours en grâce contre la condamnation à mort. La Cour ne considère pas ce fait comme pertinent car il était dûment pris en compte lors de l'examen qui a conduit à l'ordonnance. Quant au second, il renvoie au fait que l'Inde n'aurait pas exploité d'autres mécanismes de règlement des différends prévus au protocole de signature facultative, en particulier la conciliation et l'arbitrage. La Cour remarque que le recours à ces procédés est alternatif dans ce dernier et qu'il n'énonce qu'une possibilité que les Etats peuvent, à loisir, exploiter. Il ne s'agit pas d'une condition préalable à l'exercice par la Cour de sa compétence.

La deuxième exception est celle de l'abus de droit dont se serait rendue coupable l'Inde. Il n'est guère utile de développer les arguments du Pakistan, si ce n'est l'un d'entre eux, qui s'avère plus solide. Par principe, se référant à l'arrêt sur les exceptions préliminaires dans l'affaire des *Immunités et procédurales pénales*

(*Guinée équatoriale c. France*) du 6 juin 2018 (voir cette chronique, *Revue* 2018-3, pp. 703 obs. P-F. LAVAL, la Cour rappelle que « l'abus de droit ne peut être invoqué comme cause d'irrecevabilité alors que l'établissement du droit en question relève du fond de l'affaire » (§ 54). Cela étant, le Pakistan soulève, parmi ses arguments, le fait que l'Inde n'aurait pas prouvé la nationalité de M. Jadhav. Les deux parties ont toutefois toujours considéré qu'il était un ressortissant indien, comme le relève la Cour.

La troisième exception d'irrecevabilité concerne l'allégation de comportement illicite de l'Inde qui empêcherait la Cour de statuer. Le Pakistan considère que l'Inde a commis un certain nombre de violations du droit international (ne pas avoir répondu à la demande pakistanaise d'assistance dans le cadre de l'enquête, avoir fourni un passeport authentique d'un ressortissant apparaissant sous une fausse identité, s'adonner à des activités d'espionnage). La Cour rejette ces arguments. Une exception fondée sur la doctrine des « mains propres » ne peut être accueillie, en se fondant sur une jurisprudence désormais très classique selon laquelle « même s'il était démontré que le comportement du demandeur n'est pas exempt de critique, cela ne suffirait pas pour accueillir l'exception d'irrecevabilité » (§ 61). Par ailleurs, un argument plus sérieux consisterait dans l'établissement que par son comportement contraire au droit, l'Inde a empêché le Pakistan de remplir ses obligations. La Cour n'exclut pas qu'une telle conclusion puisse amener à une décision d'irrecevabilité. Mais elle ne peut discerner les actes de l'Inde qui auraient empêché le Pakistan de faire bénéficier M. Jadhav des droits issus de l'article 36 de la Convention de Vienne de 1963.

Ayant établi la recevabilité de la requête indienne, la Cour aborde les violations alléguées de la Convention de Vienne sur les relations consulaires. Sans contester la compétence de la Cour, le Pakistan considère que certaines dispositions de la Convention de 1963 ne s'appliquent pas dans la présente espèce. Il faut noter, sur ce point, que certains arguments soulevés par le défendeur semblent faibles. En particulier, celui selon lequel l'article 36 ne s'applique pas lorsque les faits à l'origine de la procédure judiciaire sont constitutifs d'actes d'espionnage, en se fondant sur les travaux préparatoires. La Cour rejette logiquement l'argument, en invoquant deux séries de considérations. Tout d'abord, l'article 36 doit être interprété selon le principe coutumier codifié dans la Convention de Vienne sur le droit des traités, dans ses articles 31 et 32. Or, « interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer à [ses] termes et à la lumière de l'objet et du but [du traité] », l'article 36 ne peut être perçu comme contenant une exception qu'il ne mentionne pas (§ 73). Il « n'exclut pas (...) de son champ d'application certaines catégories de personnes » (*ibid.*). Le but de l'assistance consulaire serait également méconnu si les droits qu'elle implique pouvaient être soustraits à une personne soupçonnée d'espionnage. Quant aux travaux préparatoires, sur lesquels se fonde le Pakistan principalement, les éléments pertinents sont beaucoup trop faibles, incertains pour conclure à l'exclusion du bénéfice de l'assistance consulaire. S'il a été envisagé, pour interpréter certaines dispositions de la Convention, de prendre en compte la nature des infractions concernées, et en particulier l'espionnage, il n'a jamais été envisagé d'inclure une inapplicabilité de principe lorsque de tels faits étaient en jeu. Quant à l'existence d'un éventuel principe de droit coutumier excluant l'espionnage, il n'est

pas nécessaire de le rechercher dans le cas présent. En effet, les règles du droit conventionnel supplantent, pour les Etats parties, les règles coutumières préexistantes. Comme l'indique le préambule de la Convention de 1963, « les règles du droit international coutumier continueront à régir les questions qui n'ont pas été expressément réglées dans les dispositions de la présente Convention ». Puisque l'article 36 régit désormais l'assistance consulaire, c'est au regard de cet article, seul, qu'il faut examiner le présent litige.

Le Pakistan va également contester le fait que la Convention de Vienne régit ses rapports avec l'Inde, dès lors qu'un autre traité serait venu s'y substituer. En particulier, l'accord de 2008 contient un point vi) selon lequel « [e]n cas d'arrestation, de détention ou de condamnation pour des motifs politiques ou relatifs à la sécurité, chaque partie peut examiner l'affaire au fond ». Sur ce point, la Cour va procéder à une neutralisation des effets potentiellement réducteurs des droits issus de la Convention de 1963 par une démarche qui peut sembler à certains égards audacieuse. Il s'agit en particulier d'envisager l'accord de 2008 au regard de la Convention de 1963 et de considérer que les deux accords doivent être lus de manière interdépendante, en affirmant sans doute au passage une prévalence de l'un sur l'autre. Tout d'abord, la Cour va s'interroger sur l'intention des parties lors de la conclusion de l'accord de 2008. Elle note l'importance de l'assistance consulaire pour la garantie « d'un traitement humain [des] ressortissants de chacun des deux Etats (...) ». Au regard de cette importance, si l'intention des parties à l'accord de 2008 avait été de restreindre la portée de l'engagement de 1963, elle se serait traduite par des dispositions dénuées d'équivoque. Par ailleurs, la Cour développe une analyse particulièrement intéressante de la portée de l'article 73 paragraphe 2 de la Convention de 1963. Ce dernier prévoit qu'« aucune disposition de [cet instrument] ne saurait empêcher les Etats de conclure des accords internationaux confirmant, complétant ou développant ses dispositions, ou étendant leur champ d'application ». De cet article, la Cour conclut que seuls de tels accords sont « compatibles » avec la Convention de 1963. En d'autres termes, si des traités peuvent établir des normes plus protectrices, il n'en va pas de même pour des traités qui remettraient en cause des droits reconnus. Ayant négocié l'accord de 2008 « en pleine connaissance de cause », l'Inde et le Pakistan n'ont donc pu remettre en cause l'article 36. Cette approche dispense au demeurant la Cour de déterminer la portée du point vi), ce qui aurait peut-être amené à des conclusions différentes. Elle crée, incidemment, une forme de supériorité normative d'un traité jugé central par rapport à tout traité ultérieur qui pourrait le remettre en cause. Dans ces conditions, et sans qu'il soit ici possible de développer ce point, est créée sinon une forme d'impérativité dans le domaine du droit conventionnel, au moins une autorité renforcée d'instruments conventionnels sur d'autres.

Devant déterminer si le Pakistan a respecté les obligations découlant de l'article 36 paragraphe 2 de la Convention de Vienne de 1963, la Cour arrive sur un terrain déjà bien balisé puisque les demandes relatives au non-respect de cette disposition sont récurrentes devant elle, et donc désormais classiques. Mais il ne s'ensuit pas que la présente affaire ne présente pas certaines spécificités, qui permettent de mieux encore cerner le droit de l'assistance consulaire.

La Cour détermine tout d'abord si le droit à l'assistance consulaire a été respecté. L'exercice n'est certainement pas très difficile ici. Certes, l'article 36 n'impose pas une communication « immédiate » mais seulement « sans retard ». M. Jadhav a été arrêté le 3 mars 2016 ; l'Inde n'en a été informé que le 25. Ce qui importe ici, c'est de déterminer comment une inaction initiale va provoquer des violations en cascade de l'assistance consulaire, les unes étant nécessairement liées aux autres.

La première violation concerne l'obligation d'informer une personne détenue de ses droits issus de l'assistance consulaire. La Cour note le « lien intrinsèque entre l'obligation de l'Etat de résidence d'informer une personne détenue de ses droits (...) et la capacité de cette personne de demander que le poste consulaire (...) soit averti de sa détention » (§ 108). Sur ce point, la Cour raisonne en deux temps. Tout d'abord, la Cour établit que M. Jadhav n'avait pas été informé de ses droits au titre de l'assistance consulaire, le Pakistan les jugeant non invocables pour une personne soupçonnée d'espionnage. L'information de l'existence du droit à l'assistance consulaire n'ayant pas été réalisée, elle ne pouvait en faire la demande et c'est donc de sa propre initiative que le Pakistan avait l'obligation de prévenir le poste consulaire. Ensuite, la Cour conclut que l'obligation de prévenir découle incidemment de l'article 36 paragraphe 3 qui permet aux autorités consulaires de l'Etat d'envoi « de s'entretenir et de correspondre [avec la personne détenue], de correspondre avec lui ». Il va de soi que l'accomplissement d'un tel droit suppose que les autorités consulaires aient été averties de la détention d'un ressortissant de leur Etat.

La seconde violation concerne l'obligation d'avertir « sans retard » les autorités consulaires. La Cour note ici le délai de trois semaines qui a séparé l'arrestation et la notification à l'Inde. Certes, « sans retard » ne signifie pas « immédiatement ». L'évaluation du caractère raisonnable du délai dépend des circonstances. La Cour rappelle qu'elle a jugé, dans l'affaire *Avena*, qu'un délai de quarante heures traduisait un retard. Dans le même arrêt cependant, elle a jugé non constitutif d'une violation un délai de cinq jours mais la nationalité de la personne détenue était incertaine. Dans la présente affaire, il ne fait guère de doutes qu'un délai de trois semaines était constitutif d'un retard injustifié.

La Cour s'interroge enfin sur le manquement à l'obligation de permettre la communication consulaire. En l'espèce, la violation ne fait guère de doutes. Malgré ses demandes répétées, l'Inde n'a pu entrer en communication avec M. Jadhav. Le Pakistan n'a répondu, négativement, qu'à peu près un an après le début de la détention. Et même si le détenu a décidé de recourir à un « officier défendeur », cela ne remettait pas en cause le droit des fonctionnaires consulaires de « pourvoir à la représentation en justice de l'intéressé » (§ 119).

La Cour rejette, enfin, le dernier argument du Pakistan lié à l'abus de droit commis par l'Inde, selon elle, du fait des activités d'espionnage supposées de M. Jadhav. C'est au regard de la Convention de 1963 que la Cour détermine si un tel abus pourrait dispenser l'Etat d'envoi du respect de ses obligations. La Convention considère que « conditionner l'exécution des obligations au respect d'autres obligations de droit international » aboutirait à ce que soit « gravement portée atteinte au système d'assistance consulaire dans son ensemble » (§ 123).

Dans un dernier temps, la Cour a envisagé l'épineuse question des remèdes sollicités par l'Inde, au sujet des manquements aux obligations concernant l'assistance consulaire. Il convient à ce titre de trouver un équilibre entre leur efficacité et la volonté de la Cour de ne se montrer trop intrusive dans l'organisation de la justice. Et c'est sans doute à ce titre que l'affaire *Jadhav* pourrait, jusqu'à un certain point, présenter une certaine originalité par rapport aux jurisprudences antérieures. L'Inde, en effet, souhaite obtenir de la Cour des remèdes qui vont au-delà de ce qu'elle décide dans des affaires de nature comparable, à savoir le réexamen de la condamnation prononcée alors qu'une violation de l'article 36 a été constatée. Dans le cas présent, l'Inde remet en cause la capacité du système pakistanais à satisfaire « aux normes minimales d'une procédure équitable lorsqu'il est appliqué aux civils » (§ 127) et sollicite l'annulation du verdict et que M. Jadhav soit rapatrié. A ce sujet, la Cour considère que la violation de l'article 36 a un caractère continu. Le Pakistan doit ainsi cesser son comportement illicite et, par exemple, informer M. Jadhav de ses droits au titre de l'article 36 a) et permettre l'accès des fonctionnaires consulaires indiens au titre des articles 36 paragraphe 1 a) et c) de la Convention de 1963. Mais c'est évidemment sur le verdict de culpabilité que les Etats s'opposaient. Dans son arrêt, la Cour commence tout d'abord par écarter la question de la « qualité » de la justice pakistanaise. Celle-ci, pour être évaluée, implique que l'on ne se limite pas à l'article 36 de la Convention de Vienne de 1963, qui ne traite absolument pas de cette question, mais que l'on prenne en compte d'autres normes, en particulier l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Cela semble exclure de l'examen de la Cour l'ensemble des demandes tenant à l'annulation du verdict et la remise à l'Inde de l'accusé. Ce n'est donc pas le verdict de culpabilité en tant que tel qui doit être examiné, mais seulement, dans l'exacte lignée de l'arrêt *Avena*, « certains manquements à des obligations conventionnelles [relatives à la communication entre les autorités consulaires et les ressortissants d'Etat d'envoi] qui les [avaient] précédées » (§ 136). Cette solution part du constat d'évidence que le verdict de culpabilité pourrait bien être fondé, malgré l'absence de recours possible de l'accusé à ses autorités consulaires. La Cour déroule ici un argumentaire bien établi, considérant que le « remède approprié en la présente espèce consiste en un réexamen et une révision du verdict de culpabilité et de la peine (...) qui soient effectifs » (§ 138). Cela correspond à la logique de la *restitutio in integrum*. L'assistance consulaire vise évidemment à faciliter la défense d'une personne soupçonnée dans le cadre d'un système judiciaire qu'il est supposé mal connaître. Il est dès lors évident qu'une meilleure défense peut avoir un impact sur l'établissement de la culpabilité ou l'évaluation de la peine. Il convient donc de replacer la personne dans une situation qui lui permettra de voir son cas examiné en ayant pu bénéficier des droits issus de l'article 36.

L'originalité de l'arrêt apparaît sans doute à ce stade, lorsque la Cour examine une question centrale, celle de l'effectivité du réexamen et de la révision. Et, sans que cela soit expressément affirmé, semble poindre ici un certain scepticisme sur la capacité du Pakistan à satisfaire à ses obligations secondaires, sachant que la Cour reconnaît qu'elle ne dispose que de très peu d'informations fiables sur le sort judiciaire de M. Jadhav. Il faut dire à quel point le sujet est sensible, l'espionnage

relevant de la sûreté de l'Etat. L'accusé est jugé par une Cour martiale. La Cour est donc confrontée à une procédure judiciaire à bien des égards exceptionnelle. Et c'est à ce stade qu'elle se livre à un examen de certaines éventualités procédurales pour déterminer si elles pourraient satisfaire aux conditions qu'elle impose. Ces développements manquent de clarté, et semblent très tâtonnants. Ces impressions semblent liées à l'incertitude dans laquelle la Cour se trouve elle-même, mais aussi à une préoccupation plus fondamentale. La Cour prescrit, pour le réexamen ou la révision, une obligation de résultat. Elle se refuse à déterminer les moyens par lesquels il pourrait être atteint. Mais l'on comprend à quel point le résultat est en fait dépendant des moyens qui pourraient être mis en œuvre. Et si aucune voie de droit ne paraît réellement à même de le réaliser, il est possible de douter de la capacité de l'Etat à remplir ses obligations. La tentation est donc grande de rentrer, malgré tout, dans leur analyse, sachant que l'impressionnisme évite à la Cour de déterminer les moyens en tant que tels. Elle constate ainsi que les *High Courts*, dans le champ de l'activité des Cours martiales, disposent d'une compétence limitée puisque ne peuvent être invoqués que certains arguments : *coram non judge*, incompétence ou mauvaise foi, y compris intention implicite de nuire » (§ 141). L'invocabilité d'une violation des droits fondamentaux est également limitée par un amendement constitutionnel qui l'exclut pour la loi militaire qui fonde la compétence des tribunaux militaires. La Cour doute donc de la capacité du réexamen judiciaire à permettre un véritable respect de l'article 36, même si elle prend acte de la décision de la *High Court* de Peshawar de 2018 qui considère qu'elle pourrait s'opposer à certaines décisions des tribunaux militaires qui se seraient appuyés sur aucun élément de preuve ou des éléments de preuve insuffisants, sur un défaut de compétence ou une intention de nuire. Cet élargissement de l'examen par les *High Courts* permettrait sans doute de considérer qu'un recours devant eux, qui tiendrait compte des exigences de l'article 36, constituerait un réexamen ou une révision effective. La Cour rappelle, par ailleurs, que le recours en grâce ne « constitue (...) pas un moyen approprié de réexamen et de révision ». Elle se réfère cependant, à une jurisprudence relativement obscure sur ce point, dans l'affaire *Avena*, qui évoque la possibilité qu'un recours en grâce puisse « compléter le réexamen et la révision judiciaires, notamment dans l'hypothèse où le système judiciaire n'aurait pas tenu dûment compte de la violation des droits prévus dans la convention de Vienne » (§ 143). La Cour note donc que des recours en grâce sont ouverts par le droit pakistanais, sans qu'elle ne connaisse leur issue. Cette incertitude sur la capacité du droit actuel du Pakistan à permettre le réexamen ou la révision effective impliquera peut-être qu'il doive recourir à des mesures législatives (§ 147). Elle semble donc appeler implicitement à adapter le droit interne afin de permettre le respect des obligations pesant sur lui.

NICOLAS HAUPAIS

B. DROIT DE L'OMC

ORGANE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS DE L'ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE

Rapport de l'Organe d'appel du 11 avril 2019, *Corée – Interdictions d'importer, et prescriptions en matière d'essais et de certification pour les radionucléides* (DS 495)

Japon/Corée – accident Fukushima Dai-ichi – radionucléides – mesures sanitaires et phytosanitaires – Accord SPS – protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux, préservation des végétaux – principe de précaution – abus de mandat – mesures plus restrictives que requis – niveau approprié de protection – niveau acceptable de risque – prérogative de l'Etat – discrimination arbitraire ou injustifiable – restriction déguisée – transparence – procédures de contrôle, inspection et homologation – discrimination – point national d'information

Le dramatique accident survenu à la centrale nucléaire de Fukushima Dai-ichi le 11 mars 2011 avait justifié l'adoption par la Corée de plusieurs séries de mesures spécifiques visant les produits alimentaires en provenance du Japon : des interdictions d'importer certains produits de la pêche et des « prescriptions en matière d'essais additionnels ». Ces mesures étaient à l'origine conformes à celles que s'imposait le Japon lui-même, mais ayant été maintenues plus longtemps que nécessaire d'après le Japon, ce dernier entama en mai 2015 une procédure devant l'ORD de l'OMC afin de voir constater leur incompatibilité avec l'Accord sur les mesures sanitaires et phytosanitaires (Accord SPS). Dans un rapport remis le 22 février 2018, le Groupe spécial conclut en effet au non-respect d'un certain nombre de disposition de l'accord : l'article 5:7 qui autorise la mise en œuvre d'une forme de principe de précaution, l'article 5:6 qui interdit que les mesures SPS soient plus restrictives pour le commerce que requis, l'article 2:3 relatif à l'interdiction d'établir ni une discrimination arbitraire ou injustifiable ni une restriction déguisée au commerce ainsi que l'article 7 complété de l'annexe B décrivant les obligations imposées en matière de transparence. S'agissant de l'article 8 complété de l'annexe C relatif aux obligations en matière de procédures de contrôle, d'inspection et d'homologation, le Groupe spécial jugea que le Japon n'avait pas établi de violation. Comme il est devenu assez fréquent en pratique, les deux parties ont ensuite fait appel des constatations du Groupe spécial et l'Organe d'appel remit le présent rapport le 11 avril 2019. Il infirme presque toutes les constatations du Groupe spécial, décidant en définitive que seules les obligations relatives à la publication des réglementations SPS n'ont pas été respectées par la Corée. Les principaux problèmes posés à l'égard de chacune des dispositions concernées de l'Accord SPS méritent une rapide présentation, l'enjeu de leur interprétation résidant dans l'encadrement du pouvoir des Membres de définir et de mettre en œuvre leur propre niveau de protection en matière de santé.

S'agissant de l'article 5:7, le Groupe spécial s'était prononcé à son égard alors que le Japon n'avait pas formulé d'allégation au titre de cette disposition dans la demande d'établissement du Groupe spécial. La Corée avait invoqué le caractère provisoire de ses mesures et leur compatibilité avec l'article 5:7, mais elle n'avait pas formellement recouru à l'article 5:7 pour justifier un manquement aux autres dispositions de l'Accord. En conséquence, l'Organe d'appel estima que le Groupe spécial avait

outrépassé son mandat en examinant l'article 5:7 de son propre chef et déclara les constatations du Groupe spécial y relatives sans fondement et sans effet juridique.

S'agissant de l'article 5:6, il concerne un aspect essentiel des disciplines de l'Accord SPS puisqu'il fait partie des dispositions imposant des limites au pouvoir souverain des membres de déterminer eux-mêmes le niveau approprié de protection qu'ils souhaitent. Conformément à l'Annexe A 5) de l'Accord SPS, le « niveau approprié de protection sanitaire ou phytosanitaire » ou « niveau acceptable de risque » est constitué du « niveau de protection considéré approprié par le Membre établissant une mesure sanitaire ou phytosanitaire pour protéger la santé et la vie des personnes et des animaux ou préserver les végétaux sur son territoire ». Selon l'interprétation de l'Organe d'appel, ce niveau approprié de protection représente une « prérogative » du Membre et un « objectif » que la mesure SPS cherche à réaliser. Il doit en outre être suffisamment précis pour qu'un Groupe spécial puisse l'identifier (voir §§ 5.22-23 du présent rapport). L'article 5:6 indique que les mesures SPS des Membres ne doivent pas être « plus restrictives pour le commerce qu'il n'est requis pour obtenir le niveau de protection sanitaire ou phytosanitaire qu'ils jugent approprié, compte tenu de la faisabilité technique et économique », sachant que conformément à une note de bas de page, « une mesure n'est pas plus restrictive pour le commerce qu'il n'est requis à moins qu'il n'existe une autre mesure raisonnablement applicable compte tenu de la faisabilité technique et économique qui permette d'obtenir le niveau de protection sanitaire ou phytosanitaire approprié et soit sensiblement moins restrictive pour le commerce ». En conséquence, le Membre plaignant doit établir qu'une mesure de rechange raisonnablement applicable permettant d'atteindre le niveau de protection défini existe.

En l'espèce, le Groupe spécial avait jugé que le Japon proposait une mesure acceptable de rechange et qu'en conséquence, les mesures adoptées par la Corée étaient plus restrictives pour le commerce que requis. Il avait toutefois tempéré sa constatation en admettant que la mesure proposée par le Japon ne permettait pas d'obtenir le niveau de protection voulu au moment de l'adoption des mesures par la Corée, en 2011 ou en 2013 ; qu'elle ne le permettait qu'au moment de l'établissement du Groupe spécial et par la suite. En appel, cette nuance ne semble étonnamment pas avoir posé de difficulté. Si l'Organe d'appel sanctionna le raisonnement du Groupe spécial, c'est parce que ce dernier n'avait pas clairement établi que la mesure de rechange satisfaisait *tous* les niveaux de protection établis par la Corée. L'Organe d'appel identifia en effet un écart entre l'énoncé du niveau approprié de protection accepté par le Groupe spécial au début de son analyse et celui sur lequel il s'était fondé dans sa conclusion, ce qui ne pouvait convenir.

L'article 2:3 de l'Accord SPS présente également un enjeu majeur. Conformément à la première phrase de cette disposition, les mesures SPS ne doivent pas établir de « discrimination arbitraire ou injustifiable entre les Membres où existent des conditions identiques ou similaires, y compris entre leur propre territoire et celui des autres Membres ». Pour déterminer si les mesures de la Corée étaient incompatibles avec l'article 2:3, le Groupe spécial a dû d'abord établir si des conditions similaires existaient entre les territoires du Japon et celui d'autres Membres. Pour ce faire, il a tenu compte des niveaux de contamination effectifs des produits alimentaires concernés, excluant les niveaux de contamination potentiels, ce que l'Organe d'appel

corrigea : « [l']analyse au titre de l'article 2:3 implique (...) de prendre en considération toutes les conditions pertinentes dans différents Membres, y compris les conditions territoriales qui ne se sont peut-être pas encore manifestées dans les produits mais qui sont pertinentes compte tenu de l'objectif réglementaire et des risques SPS spécifiques en cause » (§ 5.91). Ainsi l'Organe d'appel précise-t-il à cette occasion que l'analyse de la similarité au titre de cette disposition doit être établie au regard de l'objectif réglementaire poursuivi.

L'Organe d'appel infirma également la constatation du Groupe spécial relative au manque de réactivité du point d'information SPS de la Corée. L'Annexe B 3) oblige les parties contractantes à mettre en place sur leur territoire un « point d'information qui soit chargé de répondre à toutes les questions raisonnables posées par des Membres intéressés et de fournir les documents pertinents concernant [les mesures SPS] ». En l'espèce le point d'information coréen n'avait pas répondu à une demande formulée par le Japon et avait fourni des réponses succinctes s'agissant de deux autres demandes. L'Organe d'appel adopta une interprétation des obligations pesant à cet égard sur les Membres plus mesurée que celle du Groupe spécial : il estima qu'un point d'information pouvait ne pas répondre occasionnellement à une demande ou ne pas réagir suffisamment après seulement deux sollicitations. D'après l'Organe d'appel, le Groupe spécial aurait dû conduire une analyse plus poussée avant de conclure à une défaillance du point d'informations, en examinant par exemple « le nombre total de questions reçues par le point d'information et la proportion de questions ayant obtenu une réponse, ainsi que la mesure dans laquelle des réponses ont été obtenues, la nature et le champ des renseignements demandés et reçus, et la question de savoir s'il y a eu absence de réponse répétée de la part du point d'information », § 5.211).

Finalement, l'Organe d'appel ne confirma que les seules constatations du Groupe spécial relatives aux articles 7 et 8 de l'Accord SPS, respectivement complétés des annexes B1) et C1a). La première série de dispositions concerne l'obligation de publier les mesures SPS dans les moindres délais « de manière à permettre aux Membres intéressés d'en prendre connaissance ». Cela implique que les données soient accessibles et les informations suffisantes, ce qui n'inclut pas nécessairement dans tous les cas les « principes et méthodes spécifiques » (§§ 5.189-5.190). En l'espèce, l'Organe d'appel confirma que les informations publiées par la Corée étaient insuffisantes et difficilement accessibles. Une difficulté est à remarquer à ce sujet : la charge de la preuve pesant sur le Membre défendeur peut se révéler assez lourde. En l'espèce la Corée devait « fournir des éléments de preuve ou des explications montrant que les Membres intéressés auraient pu savoir qu'il fallait consulter les sites Web indiqués par la Corée pour trouver des renseignements sur les mesures SPS en cause » (§ 5.195).

S'agissant des procédures de contrôle, d'inspection et d'homologation (art. 8 et annexe C1a), l'Organe d'appel confirma que la Corée n'avait pas établi de discrimination à l'encontre des produits japonais même si ces derniers subissaient effectivement une différence de traitement. Comme le Groupe spécial, il considéra en effet que la différenciation était justifiée par le fait que l'accident était survenu sur le territoire japonais de sorte qu'une distinction fondée uniquement sur l'origine n'était pas établie.

CLAIRE CRÉPET DAIGREMONT

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

Rapport de l'Organe d'appel du 16 juillet 2019, *Etats-Unis – Mesures compensatoires visant certains produits en provenance de Chine. Recours de la Chine à l'article 21:5 du Mémoire d'accord* (DS 437)

Chine / Etats-Unis – subventions – Accord SMC – mise en conformité – opinion dissidente – Organe d'appel composé du national de l'une des parties – notion d'organisme public – présomption – calcul de l'avantage conféré – spécificité de la subvention – notion de programme de subventions (plan / système)

Les tensions commerciales entre la Chine et les Etats-Unis – actuellement si intenses qu'une situation de « guerre commerciale » est évoquée – ne semblent pas se traduire nécessairement en nouvelles affaires portées devant l'ORD de l'OMC. Fin octobre, un seul litige avait été soumis en 2019 devant l'instance multilatérale de règlement des différends commerciaux internationaux : le 2 septembre par la Chine au sujet d'augmentations de droits de douane décidées par les Etats-Unis sur plusieurs produits en provenance du territoire chinois. Les Etats-Unis indiquaient les avoir prises en réaction à de précédentes mesures tarifaires adoptées par la Chine à l'encontre de produits américains, mesures restrictives pourtant non contestées devant l'ORD de l'OMC (voir la communication du 16 sept. 2019, WT/DS587/2). On serait pourtant plus rassuré si le prétoire de l'Organisation mondiale était davantage encombré d'affaires opposant les deux géants tant il est préférable qu'une guerre commerciale soit menée devant un juge plutôt que par l'adoption de sanctions unilatérales en cascade. En l'occurrence, il faut sans doute rappeler qu'il s'agit même d'une obligation pesant sur les Membres de l'OMC. Conformément à l'article 23 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, « [I]orsque des Membres chercheront à obtenir réparation en cas de violation d'obligations ou d'annulation ou de réduction d'avantages résultant des accords visés, ou d'entrave à la réalisation d'un objectif desdits accords, ils auront recours et se conformeront aux règles et procédures du présent mémoire d'accord ».

Le désintérêt (relatif) des Membres à l'égard du mécanisme de règlement des différends de l'OMC tient peut-être à ses difficultés à tenir ses promesses, en termes de délai de procédure notamment mais sans doute pas seulement. La présente affaire en offre une parfaite illustration. C'est en mai 2012 que la Chine a porté le différend visant les mesures compensatoires américaines contestées en l'espèce et il est possible que le rapport remis par l'Organe d'appel sept ans plus tard, en juillet 2019, n'y mette pas fin. Les mesures en cause avaient été adoptées par les Etats-Unis à la suite d'enquêtes menées entre 2007 et 2012 sur de plausibles cas de subventionnement touchant des produits variés : panneaux solaires, rayonnages de cuisine, tubes, tuyaux et câbles, tondeuses à gazon, briques en magnésie, papier thermosensible entre autres. Le Groupe spécial initial remit son rapport le 14 juillet 2014. Il constatait plusieurs incompatibilités avec l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires (ci-après Accord SMC). Les deux parties ayant fait appel, l'Organe d'appel se prononça à son tour dans un rapport rendu cinq mois plus tard, le 18 décembre 2014, c'est-à-dire peu après l'expiration du délai de 60 à 90 jours imposé, ce qui est devenu suffisamment rare pour être souligné. La position de

l'Organe d'appel était alors plutôt favorable aux intérêts américains, un certain nombre de constatations du Groupe spécial ayant été infirmé. La suite de la procédure allongea considérablement les délais de traitement de l'affaire. L'arbitre nommé au titre de l'article 21:3 c) donna jusqu'au 1^{er} avril 2016 aux Etats-Unis pour se conformer aux rapports, soit un délai raisonnable de 14 mois et 16 jours. A l'issue, la Chine estimant que les Etats-Unis n'avaient pas adopté les mesures permettant de mettre en œuvre les rapports, elle engagea une procédure au titre de l'article 21:5. Dans un rapport remis presque deux années plus tard, le 21 mars 2018, le Groupe spécial de la mise en conformité se prononça à l'égard des mesures américaines révisées détectant à nouveau plusieurs incompatibilités avec l'Accord SMC. Ces constatations firent l'objet d'un double appel des Etats-Unis et de la Chine devant l'Organe d'appel qui mit alors seize mois pour statuer. La procédure pourrait encore se poursuivre si les Etats-Unis persistaient à maintenir en l'état leur réglementation.

Sur le fond, le présent rapport de l'Organe d'appel confirme les conclusions du Groupe spécial, donnant principalement raison aux arguments de la Chine. Le rapport est toutefois assorti d'une opinion dissidente séparée de l'un des membres de la section, ce qui n'est pas si fréquent dans la pratique de cet organe juridictionnel. Le membre dissident conteste chacune des réponses apportées par la majorité aux trois questions soulevées en appel. Il n'est pas nominativement identifié mais on remarque que dans le contexte chaotique dans lequel évolue actuellement l'Organe d'appel, la section de trois membres qui s'est prononcée dans cette affaire était présidée par le national de l'une des parties, le président américain de l'Organe d'appel Thomas R. Graham. La section était en outre composée de l'Indien Ujal Singh Bhatia et du Mauricien Shree B.C. Servansing. Ce dernier avait pourtant quitté l'Organe d'appel en 2018, mais il a été autorisé à rester en fonction le temps de traiter les appels pour lesquels il avait été nommé (sur le blocage de la nomination des membres de l'Organe d'appel et le maintien en fonction de membres ayant achevé leur mandat, voir « Chronique des faits internationaux », *Revue*, 2018-3, n°59 et 2019-2, n°40, nos obs.).

Au stade de l'appel dans la procédure de mise en conformité, les débats portaient sur la qualification de subvention spécifique. Conformément à l'article premier de l'Accord SMC, la réunion de deux éléments permet d'identifier l'existence d'une subvention : la « contribution financière des pouvoirs publics ou de tout organisme public » et l'« avantage conféré ». Sur le premier point, la Chine contestait surtout la « présomption réfragable » posée par la législation américaine d'après laquelle une entité devait être traitée comme un « organisme public » dès lors que des pouvoirs publics en détenaient une participation majoritaire. L'Organe d'appel réaffirma alors sa jurisprudence constante : « [u]n organisme public au sens de l'article 1.1 a) 1) de l'Accord SMC doit être une entité qui possède ou exerce un pouvoir gouvernemental, ou en est investi » (voir *Etats-Unis – Droits antidumping et compensateurs (Chine)*, rapport de l'Organe d'appel, WT/DS379/AB/R, 11 mars 2011, § 317). Dès lors la majorité des membres de l'Organe d'appel ne pouvait souscrire à l'affirmation des Etats-Unis « selon laquelle un organisme public est "toute entité sur laquelle les pouvoirs publics exercent un contrôle significatif, de sorte que lorsque l'entité transmet des ressources économiques, elle transfère les ressources publiques" » (§ 5.97, note omise). Il ne fut toutefois pas donné raison non plus à la Chine : « l'axe

central d'un examen de la nature d'organisme public au titre de l'article 1.1 a) 1) n'est pas, comme la Chine le soutient, de savoir si le *comportement* dont il est allégué qu'il donne lieu à une contribution financière (...) est logiquement lié à une "fonction gouvernementale" identifiée » (§ 5.100). D'après l'Organe d'appel, l'examen se concentre sur l'entité et non sur le comportement : il s'agit de « savoir si l'entité elle-même possède les caractéristiques et les fonctions essentielles qui la qualifieraient d'organisme public » (§ 5. 101).

Pour le membre dissident de l'Organe d'appel, la définition d'organisme public retenue en 2011 et maintenue dans le présent rapport manque de flexibilité. D'autres critères devraient selon lui être pris en compte, tel notamment le contrôle de l'entité par les pouvoirs publics défendu par les Etats-Unis. En outre, une marge de manœuvre devrait être laissée aux autorités nationales, selon le membre dissident, pour mettre en œuvre les différents critères pertinents (« à condition [bien entendu] que leurs décisions satisfassent aux prescriptions en matière d'objectivité, d'explication motivée et adéquate et d'éléments de preuve suffisants », § 5.247).

S'agissant du critère de l'avantage conféré, l'article 14 de l'Accord SMC indique un certain nombre de principes directeurs applicables à son calcul. Conformément à son alinéa d) : « la fourniture de biens ou de services ou l'achat de biens par les pouvoirs publics ne sera pas considéré comme conférant un avantage, à moins que la fourniture ne s'effectue moyennant une rémunération moins qu'adéquate ou que l'achat ne s'effectue moyennant une rémunération plus qu'adéquate. L'adéquation de la rémunération sera déterminée par rapport aux conditions du marché existantes pour le bien ou service en question dans le pays de fourniture ou d'achat (y compris le prix, la qualité, la disponibilité, la qualité marchande, le transport et autres conditions d'achat ou de vente) ». Comme l'explique l'Organe d'appel dans le présent rapport, il s'agit de savoir si « les prix pratiqués dans le pays sont faussés du fait de l'intervention des pouvoirs publics » (§ 5.147). Dans un tel cas de distorsion des prix, l'autorité chargée de l'enquête a le droit de rejeter les prix pratiqués sur le marché concerné et de se référer aux prix pratiqués sur le marché d'un pays tiers.

En l'espèce, l'Organe d'appel précise que différents types d'intervention des pouvoirs publics existent, pas seulement l'hypothèse d'une détermination des prix par les pouvoirs publics comme le suggérait la Chine (par la fixation administrative des prix par exemple ou en tant que seul fournisseur du bien ou en tant que fournisseur détenant une puissance telle qu'elle provoque un alignement des prix des fournisseurs privés). L'Organe d'appel admet notamment que l'incidence de l'intervention des pouvoirs publics sur les prix puisse être directe ou indirecte. Dans chaque cas, l'autorité chargée de l'enquête doit fournir « une explication motivée et adéquate sur le point de savoir si les prix sont déterminés par le marché ou comment ils sont faussés du fait de l'intervention des pouvoirs publics » (§ 5.198). Il revient ensuite aux groupes spéciaux d'apprécier les éléments de preuve rapportés. En l'espèce, la majorité des membres de l'Organe d'appel jugea que le Groupe spécial n'avait commis aucune erreur en constatant que les Etats-Unis n'avaient pas fourni d'explication suffisante. Ici le membre dissident exprima également son désaccord, favorable à nouveau à la position américaine. Il estimait que l'autorité nationale n'avait pas à s'appuyer sur les prix pratiqués dans le pays en toutes circonstances et qu'elle n'avait pas à systématiquement justifier le recours à des données concernant des pays tiers.

Enfin, une subvention est soumise aux disciplines de l'Accord SMC si elle est « spécifique à une entreprise ou à une branche de production ou à un groupe d'entreprises ou de branches de production ». L'article 2 établit des principes directeurs applicables à la détermination de la spécificité. Son alinéa c) énumère un certain nombre de facteurs pouvant être pris en compte pour établir la « spécificité *de facto* » : « utilisation d'un programme de subventions par un nombre limité de certaines entreprises, utilisation dominante par certaines entreprises, octroi à certaines entreprises de montants de subvention disproportionnés, et manière dont l'autorité qui accorde la subvention a exercé un pouvoir discrétionnaire dans la décision d'accorder une subvention », sachant qu'il doit être « tenu compte de l'importance de la diversification des activités économiques dans la juridiction de l'autorité qui accorde la subvention, ainsi que de la période pendant laquelle le programme de subventions a été appliqué ». Dans la présente affaire, la discussion portait principalement sur l'interprétation de la notion de « programme de subventions » : pour les Etats-Unis, il est fait référence à « une série d'activités systématique en vertu de laquelle des subventions sont fournies à certaines entreprises » (§ 5.220). L'Union européenne est pour sa part intervenue pour défendre la position précédemment retenue par le Groupe spécial et également défendue par la Chine, d'après laquelle la référence à un « programme » impliquait la démonstration de l'existence d'un plan ou d'un système, c'est-à-dire à la preuve que les contributions financières avaient été suffisamment systématiques (§ 5.222). Sur ce point à nouveau, l'Organe d'appel souscrivit à l'analyse du Groupe spécial, considérant que l'autorité chargée de l'enquête devait rapporter les éléments de preuve permettant d'établir l'existence d'un « plan » ou d'un « système ». Sans surprise, le membre dissident de la section défendait l'autre thèse.

CLAIRE CRÉPET DAIGREMONT

II. CONTENTIEUX TRANSÉTATIQUE

A. DROITS DE L'HOMME

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

Arrêt du 8 juillet 2019, Grande Chambre, *Mihalache c. Roumanie*, req. n° 54012/10

Principe *ne bis in idem* – répétition des poursuites – jugement définitif – réouverture des poursuites par le parquet.

Appelée à statuer en raison du dessaisissement de la chambre à laquelle l'affaire avait été attribuée, la Grande chambre de la Cour européenne des droits de l'Homme (Cour EDH) rend un nouvel arrêt concernant l'interprétation du principe *ne bis in idem*, garanti par l'article 4 du Protocole n° 7 à la Convention européenne des droits de l'Homme (pour les précédents arrêts de Grande chambre sur le sujet voir : Cour EDH, Grande chambre, *A. et B. c. Norvège*, arrêt du 15 novembre 2016, req. n° 24130/11 et 29758/11 ; Cour EDH, Grande chambre, *Margus c. Croatie*, arrêt du 27 mai 2014, req. n° 4455/10 ; Cour EDH, Grande chambre, *Sergueï Zolotoukhine c. Russie*, arrêt du 10 février 2009, req. n° 14939/03). Dans l'arrêt *Mihalache c. Roumaine*, c'est la composante « *bis* » du principe qui retient particulièrement

l'attention de la Cour et, plus particulièrement, le sens qu'il convient de donner à l'expression « acquitté ou condamné par un jugement définitif ».

Les faits à l'origine de l'affaire sont simples. Alors qu'il était au volant de son véhicule, le requérant a fait l'objet d'un test d'alcoolémie qui semblait positif. Il a ensuite refusé de se rendre à l'hôpital avec les agents de police « afin de faire établir son taux d'alcoolémie au moyen d'un prélèvement de preuves biologiques » (§ 9). Le parquet décida d'engager des poursuites pénales contre le requérant « pour refus de se soumettre à un prélèvement de preuves biologiques visant à établir son taux d'alcoolémie » (§ 10). Considérant finalement que les faits n'étaient pas suffisamment graves pour constituer une infraction, le parquet décida, par une ordonnance rendue en 2008, de mettre un terme à ces poursuites et d'appliquer au requérant une sanction administrative. Cette ordonnance a ensuite été annulée par un parquet hiérarchiquement supérieur et le requérant a été condamné à un an de prison avec sursis. Devant la Cour EDH, le requérant alléguait avoir été poursuivi et condamné pénalement deux fois pour les mêmes faits, au mépris de l'article 4 du Protocole n° 7 à la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) qui 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 ». Par exception, la réouverture du procès est possible « si des faits nouveaux ou nouvellement révélés ou un vice fondamental dans la procédure précédente sont de nature à affecter le jugement intervenu ».

La nature pénale des procédures en cause – Le principe *ne bis in idem* prohibant le cumul des poursuites et des sanctions pénales, il convient dans un premier temps d'établir si les procédures en cause sont l'une et l'autre de nature pénale, au sens autonome que donne la Cour de cette notion. La nature pénale de la seconde procédure – ayant abouti à la condamnation du requérant à un an de prison avec sursis – ne faisant aucun doute, la Cour ne s'attarde que sur la première. Elle fait, de manière classique, application des trois « critères Engel » (Cour EDH, plénière, *Engel et autres c. Pays-Bas*, arrêt du 8 juin 1976, req. n° 5100/71 et autres) et conclut sans difficulté particulière à la nature pénale de la première procédure. En effet, « bien que l'amende infligée au requérant soit qualifiée d' 'administrative' par le droit interne, elle revêt un caractère punitif et dissuasif et s'apparente donc à une sanction pénale » (§ 62).

L'identité des faits (idem) – La deuxième composante du principe *ne bis in idem* réside dans l'identité des faits sur lesquels ont porté les deux procédures pénales. Confirmant l'« approche factuelle » consacrée par la Cour EDH dans l'arrêt *Sergueï Zolotoukhine c. Russie* (précité), la Cour rappelle que « l'article 4 du Protocole n° 7 [doit] être compris comme interdisant de poursuivre ou de juger une personne pour une seconde 'infraction' pour autant que celle-ci avait pour origine des faits identiques ou des faits qui étaient en substance les mêmes » (§ 67). Cette condition est également remplie en l'espèce, le requérant ayant été poursuivi à deux reprises pour avoir refusé de se soumettre à un prélèvement de preuves biologiques visant à établir son taux d'alcoolémie.

La répétition des poursuites (bis) – C'est sur ce point que l'arrêt commenté retient l'attention. L'article 4 du Protocole n° 7 interdit « la répétition des procédures pénales définitivement clôturées » (§ 81). Après avoir écarté l'hypothèse, développée dans l'arrêt *A. et B. c. Norvège* (précité), de « procédures 'mixtes' unies par un lien matériel et temporel suffisamment étroit » (§ 82) et compatibles avec l'article 4 du Protocole n° 7, la Cour devait, pour établir s'il y avait eu une « répétition des procédures » incompatible avec l'article 4 du Protocole n° 7, déterminer si l'ordonnance de 2008 constituait « une condamnation ou un acquittement par un jugement définitif », au sens de cette disposition.

La Cour se penche d'abord sur la question de savoir si l'intervention d'un juge est nécessaire pour être en présence d'une décision d'acquiescement ou de condamnation. Sur ce point, une différence de rédaction existe entre les versions anglaise et française du texte, la seconde précisant que l'acquiescement ou la condamnation définitive doit résulter d'un jugement alors que la première « ne mentionne pas la forme que doit prendre la décision portant acquiescement ou condamnation » (§ 94). Considérant qu'elle doit interpréter les deux textes faisant foi « d'une manière qui les concilie dans la mesure du possible et qui soit la plus à même d'atteindre le but et de réaliser l'objet de ce traité » (§ 94), la Cour retient la version anglaise et estime que « pour que l'on se trouve en présence d'une décision [d'acquiescement ou de condamnation], l'intervention d'une juridiction n'est pas nécessaire » (§ 95). L'élément déterminant est que « la décision en cause émane d'une autorité appelée à participer à l'administration de la justice dans l'ordre juridique national concerné, et que cette autorité soit compétente selon le droit interne pour établir et sanctionner, le cas échéant, le comportement illicite reproché à l'intéressé » (§ 95).

La Cour en vient ensuite à l'examen de la portée des notions d'acquiescement et de condamnation, qu'elle n'a jamais défini (§ 96). Elle souligne que, « le choix délibéré des mots 'acquiescé ou condamné' implique qu'il y ait eu établissement de la responsabilité 'pénale' de l'accusé à l'issue d'une appréciation des circonstances de l'affaire, en d'autres termes qu'il y ait eu une appréciation du fond de l'affaire » (§ 97). En l'espèce, la Cour considère que l'ordonnance du parquet de 2008 constituait une condamnation. Pour parvenir à cette conclusion, elle prend en considération l'enquête menée par le procureur et son pouvoir, en vertu du droit interne, de trancher l'affaire, ainsi que le fait qu'il ait infligé une sanction de nature pénale au requérant.

Quant au caractère définitif de la condamnation, la Cour rappelle, suivant sa jurisprudence et conformément au rapport explicatif du Protocole n° 7, qu'il faut considérer qu'une décision est définitive « après l'épuisement des recours 'ordinaires' ou après l'expiration du délai prévu par la loi interne pour exercer un tel recours » (§ 103). Suivant cette analyse, la qualification donnée par le droit interne du caractère définitif ou non n'est pas déterminante. Au contraire, « il faut dans une certaine mesure interpréter le terme 'définitif' de manière autonome lorsque cela est justifié par des raisons solides (...) » (§ 114). Si le droit interne constitue le point de départ pour déterminer quels sont les « recours ordinaires », la Cour estime que, « pour que soit respecté le principe de sécurité juridique, principe inhérent au droit de ne pas être jugé ou puni deux fois pour la même infraction (...) un recours doit opérer de manière à indiquer clairement quel est le moment où une décision devient définitive » (§ 115). Dans leur opinion concordante commune, sept juges estiment

que « l'introduction du critère de prévisibilité crée une confusion entre les notions d'extraordinaire et d'illégalité » (§ 3 de l'opinion concordante commune aux juges Raimondi, Nussberger, Sicilianos, Spano, Yudkivska, Motoc et Ravarani). Pour ces juges, « il n'y a qu'un seul vrai critère (ou du moins un critère essentiel et dominant) pour identifier le caractère ordinaire ou extraordinaire d'un recours : l'existence ou non d'un délai dans lequel ce recours doit ou peut être exercé » (§ 6 de l'opinion concordante précitée). En l'espèce, la Cour devait décider si la possibilité pour le parquet hiérarchiquement supérieur d'annuler la sanction infligée et de rouvrir les poursuites pénales constituait un « recours 'ordinaire' satisfaisant les exigences de sécurité juridique » (§ 121). Elle parvient à une réponse négative, eu égard à l'absence de délai encadrant l'usage de cette faculté par le parquet. L'ordonnance de 2008 est donc devenue définitive à l'expiration du délai de vingt jours permettant à la personne sanctionnée d'introduire un recours. En résumé, l'ordonnance de 2008 s'analyse en une condamnation définitive du requérant.

Restait enfin à décider si la répétition des poursuites, interdite par le premier paragraphe de l'article 4 du Protocole n° 7, entrainé dans le champ d'application du deuxième paragraphe de cette disposition, qui autorise une telle répétition en cas « de faits nouveaux ou nouvellement révélés » ou de « vice fondamental » de la première procédure. La Cour rappelle qu'elle « apprécie au cas par cas si les circonstances invoquées par une autorité supérieure pour rouvrir une procédure constituent des faits nouveaux ou nouvellement révélés ou un vice fondamental de la procédure précédente » (§ 133). En l'espèce, « la réouverture des poursuites était justifiée par l'appréciation différente que le procureur hiérarchiquement supérieur avait livrée des circonstances de l'affaire » ainsi que par « le caractère inadéquat de la sanction infligée » (§ 137). Or, ces considérations ne sauraient être « assimilée[s] à un vice fondamental de la procédure précédente » (§ 137). La réouverture de la procédure n'étant donc pas couverte par l'exception prévue au paragraphe 2 de l'article 4 du Protocole n° 7, la Cour conclut à la violation de cette disposition.

L'arrêt, rendu à l'unanimité, est assorti de quatre opinions concordantes dans lesquelles plusieurs juges expriment leur désaccord sur certains aspects du raisonnement. Le juge Pinto de Albuquerque relève à cet égard que « seule une minorité de juges (...) a adopté le raisonnement tenu dans l'arrêt de Grande chambre » (§ 2 de l'opinion concordante du juge Pinto de Albuquerque).

JULIE TAVERNIER

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

Arrêt du 9 juillet 2019, *Romeo Castaño c. Belgique*, req. n°8351/17

Article 2 – mandat d'arrêt européen – extradition – conditions de détention – confiance réciproque – obligation de coopération

L'exécution des mandats d'arrêt européens n'en finit décidément pas de faire couler l'encre des commentateurs de la jurisprudence européenne. Alors que la Cour de Justice de l'Union s'emploie encore à éclaircir certaines de ses exigences à cet égard (voir par ex. CJUE, arrêt du 15 octobre 2019, *Dumitru-Tudor Dorobantu*, C-128/18 ; CJUE, arrêt du 9 octobre 2019, *NJ (Parquet de Vienne)*, C-489/19), l'arrêt

rendu par la Cour EDH dans l'affaire *Romeo Castaño c. Belgique* met en exergue les incidences de cette procédure hors de l'ordre juridique de l'Union, quant aux obligations conventionnelles des Etats. Au-delà des aspects techniques de cet outil de coopération pénale instauré en 2002, l'affaire soumise à la Cour pose l'épineuse – quoique désormais classique – question de l'articulation des obligations issues du droit européen des droits de l'homme et du droit de l'Union européenne et de la conciliation générale des différents objectifs poursuivis. A l'heure où l'Espagne entend faire de nouveau usage du mandat d'arrêt européen pour obtenir la remise de l'ex-Président catalan Carles Puigdemont, réfugé à Bruxelles, cet arrêt de juillet 2019 marquera à n'en pas douter d'éventuels futurs pourparlers entre les deux Etats à cette fin.

Alors que la contestation de l'exécution d'un mandat d'arrêt européen émane généralement du prévenu qui reproche à l'Etat défendeur – à l'instar de l'affaire *Pirozzi* (Cour EDH, *Pirozzi c. Belgique*, arrêt du 17 avril 2018, req. n°8351/17) – de mettre en péril ses droits conventionnellement protégés, l'affaire *Romeo Castaño* se présente sous un angle pour le moins original. En l'espèce, la Belgique refuse de faire droit à la demande de l'Espagne et ce sont les parties civiles espagnoles qui allèguent que leurs droits conventionnels s'en trouvent violés. Les requérants sont les enfants du lieutenant-colonel Ramon Romeo assassiné en 1981 à Bilbao par un commando de l'ETA auquel appartenait N.J.E., suspectée par les autorités d'être l'auteur des tirs mortels. Alors que les autres membres du groupe ont été condamnés par la justice espagnole, N.J.E. a réussi à fuir pour finalement s'installer en Belgique. A partir de 2004, les autorités espagnoles ont décerné plusieurs mandats d'arrêts en vue d'obtenir la remise de l'intéressée aux fins de poursuites pénales pour plusieurs crimes et délits incluant les chefs d'homicide volontaire et de terrorisme. Pourtant, jusqu'en 2015, les juridictions du Royaume de Belgique ont systématiquement refusé d'exécuter les mandats d'arrêts émis par l'Espagne, jugeant qu'ils étaient susceptibles d'avoir pour effet de porter atteinte au droit fondamentaux de N.J.E. Ce refus visait plus précisément la procédure de détention *incommunicado* particulièrement sévère à laquelle pouvaient être exposés les inculpés de terrorisme. Or, les cinq requérants espagnols allèguent devant la Cour que les autorités belges, en faisant obstacle à la possibilité pour eux de voir poursuivi l'auteur présumée du meurtre de leur père, violent leurs droits issus de l'article 2 de la Convention dans son volet procédural.

L'évidente question préliminaire, que n'a pas manqué de poser le gouvernement défendeur, porte sur l'exercice de la juridiction belge au sens de l'article 1^{er} CEDH sur des requérants espagnols pour pouvoir envisager d'imputer à cet Etat la violation alléguée. Fort logiquement, la Belgique considère que les faits, les procédures comme les requérants se trouvent sur le territoire espagnol et, partant, relèvent de la juridiction espagnole à qui incombait la responsabilité de mener une enquête effective à la suite de l'assassinat du père des requérants. Par ailleurs, quand bien même le préjudice résiderait dans l'impossibilité de voir N.J.E. traduite devant les juridictions espagnoles, il relève également de la juridiction espagnole puisque, selon la Belgique, l'impossibilité d'exécuter le mandat d'arrêt découle de l'état des prisons nationales. Rappelant sa jurisprudence issue de l'arrêt *Rantsev c. Chypre et Russie* (Cour EDH, arrêt du 10 avril 2017, req. n°25965/04, §§ 243-244) selon laquelle des « circonstances propres » peuvent étendre les obligations procédurales liées à l'article 2

après le décès d'une victime au-delà de l'Etat sur lequel elle se trouvait, la Cour reconnaît que l'obligation d'enquête *per se* n'était pas opposable à la Belgique mais, qu'en revanche, l'implication de cet Etat au titre de la coopération pénale européenne suffit à le rattacher à l'affaire et à caractériser un lien juridictionnel l'unissant aux requérants. Dès lors, la Cour rejette l'exception préliminaire relative à sa compétence *ratione personae*. Quant aux autres arguments d'irrecevabilité soulevés par le gouvernement, la Cour adopte une approche particulièrement large des conditions textuelles, dont elle est certes familière (voir par ex. Cour EDH, *Gorraiz Lizarraga et al. c. Espagne*, arrêt du 27 avril 2004, req. n°62543/00). Elle considère notamment que les requérants sont à même de se prévaloir de la qualité de victime indirecte et qu'ils ont épuisé les voies de recours internes du seul fait que l'Etat belge n'a pu faire la démonstration du contraire (§ 57), quand bien même elle reconnaît elle-même que « les requérants n'ont pas fait usage des voies suggérées par le gouvernement ».

Le raisonnement de la Cour s'articule donc autour de cette obligation de coopération, déjà développée dans l'affaire *Guzelyurtlu* (Cour EDH, Grande Chambre, *Güzelyurtlu et autres c. Chypre et Turquie*, arrêt du 20 janvier 2019, req. n°36925/07), au nom du caractère collectif de la garantie des droits de l'homme que met en place la Convention. Dès lors, cette obligation de coopération fait office de moyen d'extension de la juridiction de l'Etat et la Cour considère à cet égard que sa tâche se résume à déterminer l'étendue et la portée de cette obligation de la Belgique. L'originalité de l'affaire *Romeo Castaño* réside dans le fait, non pas que la Belgique soit tenue au respect de cette obligation, mais que dans le cas d'espèce ladite obligation de coopération n'était pas imposée par le droit conventionnel *per se*, mais découlait directement du droit de l'Union européenne. *In fine* c'est le respect de la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen que contrôle la Cour en vérifiant d'abord « si (...) les autorités belges ont apporté une réponse appropriée à la demande de coopération » et ensuite « si le refus de coopérer reposait sur des motifs légitimes » (§ 82). Si elle conclut rapidement par l'affirmative à la première de ces conditions, elle concentre son examen sur la seconde et entend déterminer si les motifs avancés par la Belgique pour refuser la remise de N.J.E à l'Espagne sont légitimes. Sur ce point, la Cour rétablit le lien entre les faits de l'affaire et son ordre juridictionnel en rappelant que l'article 3 de la Convention peut et doit conduire à refuser l'extradition d'une personne courant un risque de traitement inhumain et dégradant. Prenant toutefois acte de la spécificité de l'affaire et du nécessaire équilibre qu'elle doit ménager entre les droits en présence, elle ajoute à ce principe bien ancré dans sa jurisprudence (voir par ex. Cour EDH, Grande Chambre, *Saadi c. Italie*, arrêt du 28 février 2008, req. n°37201/06, §§ 124-125) une réserve pour le moins inhabituelle selon laquelle « vu la présence de droits de tiers (...) le constat d'un tel risque [doit] repose[r] sur des bases factuelles suffisantes » (§ 85). Or, en l'espèce, si la Cour reconnaît que le défaut de coopération de l'Etat défendeur repose sur les constatations alarmantes du Comité des droits de l'homme et du CPT, elle observe que, dans le dernier arrêt de 2016 de la chambre des mises en accusation, celle-ci fonde toujours ses conclusions sur ces données *datées d'une année*, sans avoir procédé à un nouvel examen. Dès lors, et de manière amplement plus exigeante que dans sa jurisprudence habituelle en la matière (voir notamment, pour une approche plus souple du risque encouru en cas d'extradition, Cour EDH, Grande

Chambre, *Mamatkulov et Askarov c. Turquie*, arrêt du 4 février 2005, req. n^{os} 46827/99 et 46951/99, §§ 66-70), la Cour conclut que ce défaut d'examen « actualisé et circonstancié de la situation qui prévalait en 2016 » et recherche d'un « risque réel et individualisable de violation des droits de la Convention (...) ni des défaillances structurelles quant aux conditions de détention en Espagne » caractérise le manquement de la Belgique. Le caractère renforcé de l'obligation de coopération qu'elle tire, semble-t-il, de son origine communautaire en vertu du principe de confiance mutuelle qui sous-tend le régime du mandat d'arrêt européen la conduit à imposer à l'Etat de se livrer à un examen particulièrement poussé et surtout en *temps réel* de la situation en vigueur dans l'Etat de renvoi. Il ne peut dès lors plus se satisfaire du risque mis en avant par les organes internationaux chargés – par des traités auxquels les deux Etats en présence sont parties – de la surveillance de ces situations.

Une fois ce cadre établi, la question centrale réside donc *in fine* dans la réalité du risque que courrait N.J.E. en cas de remise à l'Espagne. Sur ce point, la Cour écarte le débat – qui ne concerne pas, il est vrai, l'affaire qui lui est soumise – et considère qu'il ne lui appartient pas d'évaluer le régime de détention auquel elle serait soumise en Espagne (§ 87). Pourtant, elle souligne comme des signaux positifs l'argument du gouvernement espagnol selon lequel « de nombreux mandats d'arrêts européens ont été émis et exécutés à l'égard des membres présumés de l'ETA sans que les pays d'exécution des mandats d'arrêts européens y aient vu des risques de violation des droits fondamentaux » (§ 88). Elle constate alors la violation de l'article 2 dans son volet procédural par la Belgique à l'égard des requérants en raison de l'absence par les autorités de demande d'informations complémentaires relatives à la détention de N.J.E. que lui imposait son obligation de coopération renforcée. La violation n'est donc réalisée que du strict point de vue procédural puisque la Cour s'abstient de statuer sur la possibilité réelle de la remise, ce qui impliquerait d'évaluer le système espagnol. Elle précise à ce titre aussitôt que ce constat de violation n'induit aucunement l'obligation de remise ni ne rend caduques les obligations que la Belgique tentait de respecter en refusant de transmettre N.J.E. à l'Espagne au titre de l'article 3 de la Convention. Elle ajoute même que sa conclusion ne « saurait être interprétée comme réduisant l'obligation des Etats de ne pas extraditer une personne (...) lorsqu'il y a des motifs sérieux de croire que l'intéressé (...) courra un risque réel d'être soumis à un traitement contraire à l'article 3 » (§92). C'est donc à un véritable exercice d'équilibrisme que s'est livrée la Cour EDH en censurant les manquements procéduraux de la Belgique d'une main tout en maintenant le caractère impérieux des obligations lui incombant sur le terrain particulièrement sensible de l'extradition de l'autre. Outre la mise en balance entre les droits des requérants à obtenir une enquête et la poursuite des responsables du meurtre de leur père et des droits de N.J.E. de ne pas être soumise à un traitement contraire à l'article 3, l'affaire impose donc à la Cour une mise en balance des obligations issues du droit de l'Union avec celles du droit de la Convention.

Force est néanmoins de constater que, face à ces enjeux complexes, l'analyse de la Cour l'amène à s'écarter sensiblement de sa ligne de conduite habituelle dans ce type d'affaire, notamment au regard des craintes sérieuses formulées de manière systématique par le Comité des droits de l'homme comme le Comité contre la torture à l'égard des conditions de détention infligées à certaines catégories de criminels en

Espagne. S'il peut sembler surprenant de reprocher à la Belgique son excès de zèle dès lors que le défaut d'obtention de garanties suffisantes sur la situation dans l'Etat de renvoi est habituellement de nature à engager sa responsabilité conventionnelle, il semble que l'inversion de ce paradigme – ici l'Etat aurait dû démontrer la réalisation d'un « examen complet » du régime de détention de N.J.E en cas de transfert en Espagne – découle uniquement de la combinaison de la présomption de respect des droits de l'homme au titre du principe de confiance mutuelle et de l'obligation de coopération renforcée que dégage la Cour du droit de l'Union européenne. En définitive, si la Cour prend soin d'imposer un garde-fou conséquent en précisant que son analyse d'équivaut pas à une autorisation d'extradition qui reste soumise à l'obtention de garantie d'un traitement adéquat de N.J.E., elle opère néanmoins un infléchissement important de sa jurisprudence en matière d'extradition dès lors qu'il s'agit de deux Etats parties à l'Union européenne. Si ce raisonnement est compréhensible et résulte à la foi d'un besoin d'articulation harmonieuse des ordres juridiques et d'effectivité du MAE, voire d'un « souci de symétrie » tel que le décrit le juge Spano dans son opinion concordante, il est dans le même temps inquiétant puisqu'il pourrait décourager, à l'extrême, les Etats européens de se montrer prudents face aux risques qu'encourent les personnes poursuivies dans un autre Etat européen et qui se seraient réfugiées sur leur territoire.

JULIE FERRERO

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

Arrêt du 9 juillet 2019, *Volodina c. Russie*, req. n°41261/17

Violences domestiques – discrimination envers les femmes – charge de la preuve – obligations positives – traitement inhumain et dégradant – obligation d'enquête – cadre légal adéquat – coutume internationale

Après une longue gestation débutée dès 2009 dans l'affaire *Opuz c. Turquie* (Cour EDH, arrêt du 9 juin 2006, req. n°33401/02), la Cour confirme dans l'arrêt *Volodina c. Russie* le tournant amorcé dix ans plus tôt vers une lecture genrée et inclusive des garanties conventionnelles. Les faits de l'espèce sont, hélas, typiques des affaires de violences domestiques. Mme Volodina a subi les foudres de son ex-compagnon pendant plus de deux ans, la contraignant même à changer de nom en 2018 pour se protéger. Des multiples brutalités, menaces et autres agressions répétées jusqu'à une véritable traque de la requérante à travers le pays et un enlèvement, la liste des violences est impressionnante, tout autant que l'est l'inaction totale des autorités face à ces faits extrêmement graves. Elle se prévaut donc devant la Cour d'une violation par les autorités de l'article 3 de la Convention ainsi que de l'article 14.

Sur le terrain de l'article 3, la Cour se place d'emblée dans une dynamique spécifique aux violences domestiques dont elle reconnaît le caractère transversal et la vulnérabilité particulière des victimes. Ce point de départ tranche radicalement avec la conception du gouvernement russe qui fait état d'une absence totale d'incrimination spécifique de ces violences dans son droit interne – mis à part une brève période – et ne les appréhende par conséquent que comme des violences

classiques en les soumettant aux mêmes procédures. La Cour souligne d'ailleurs que cette posture est relativement isolée au sein du Conseil de l'Europe puisque la majorité, voire la quasi-totalité, des Etats membres ont mis en place un régime juridique adapté à ces violences. Suivant un cheminement classique lorsqu'est alléguée une violation de l'article 3, la Cour cherche d'abord à déterminer si les exactions subies par la requérante étaient de nature atteindre le seuil de gravité nécessaire pour entrer dans le champ de cet article. En développant sa jurisprudence classique dans laquelle elle inclut les violences psychologiques aux violences physiques (voir par ex. Cour EDH, Grande Chambre, *Bouyid c. Belgique*, arrêt du 28 septembre 2015, § 86), elle conclut que dans le cadre des violences domestiques, les sentiments de peur, d'anxiété, d'impuissance qu'a ressentis la requérante en connexion avec le comportement autoritaire et manipulateur de cet homme constituent un traitement inhumain au sens de l'article 3.

De cette applicabilité de l'article 3 découlent des obligations positives à la charge de l'Etat membre que la Cour dont s'emploie ensuite à examiner le respect et, surtout, les adapte au phénomène observé. En premier lieu, l'Etat est soumis à l'obligation de mettre en place un cadre légal adéquat pour appréhender les traitements concernés, que la Russie viole de manière flagrante compte tenu de l'absence d'incrimination des violences domestique en droit interne. Cette violation est aggravée en l'espèce par l'absence de mécanisme de déclenchement de poursuites publiques qui, face à la situation particulière des femmes victimes de violence, fait peser sur elles le fardeau excessif de l'exclusivité des poursuites. Sur ce point précis, l'action de l'Etat doit être adaptée à la spécificité de ces situations et compenser les difficultés que rencontrent les victimes. En second lieu, quant à l'obligation de prévenir un risque de mauvais traitement, la Cour impose, là encore, la prise en considération des obstacles et du contexte psychologique dans lequel se trouvent ces femmes en exigeant une évaluation spéciale du risque portant notamment attention aux signalements répétitifs de violences, même lorsque la victime se rétracte ensuite. Elle observe également à ce titre qu'un consensus européen en la matière existe et se manifeste par la mise en place de mesures de protection immédiates et adaptées à la situation. Ces constats conduisent sans surprise la Cour à relever l'inadéquation évidente du système russe. En troisième et dernier lieu, quant à l'obligation d'enquête, la Cour établit encore une obligation renforcée à la charge de l'Etat dans ce contexte selon laquelle le déclenchement de l'enquête doit être prompt et faire l'objet de diligences spéciales pour tenir compte de la nature spécifique des violences domestiques, que la Russie viole encore manifestement.

L'apport essentiel de l'arrêt *Volodina* réside toutefois dans l'établissement du caractère discriminatoire de ces violences domestiques. La Cour rappelle encore, à ce titre, sa propre jurisprudence ainsi que les constats du CEDAW selon lesquels ces violences affectant davantage les femmes que les hommes, traduisent une discrimination fondée sur le genre. Partant, le manquement de l'Etat à protéger les femmes de ces violences équivaut à une violation de l'égalité de protection qui doit être accordée par la loi. Plus encore, la Cour fait référence dans sa propre motivation à l'Observation générale n° 35 émise en 2015 par le CEDAW dans laquelle l'organe considère que l'interdiction des violences envers les femmes a atteint aujourd'hui

le statut de principe coutumier du droit international. Ce nouveau cadre d'analyse étant posé, elle en déduit non seulement une inversion de la charge de la preuve de la discrimination (§ 111) mais également une obligation d'adopter une approche genrée des droits conventionnels pour corriger les inégalités homme/femme. Elle impose même une dynamique compensatrice en énonçant que l'absence de discrimination positive à cet égard, c'est-à-dire de traitement différencié pour corriger une inégalité factuelle, peut elle-même constituer une violation de l'article 14. Forte de ce cadre compréhensif, la Cour procède finalement à un allègement considérable de la charge de la preuve pesant sur les victimes. D'abord, elle considère que les rapports des organisations internationales ainsi que des acteurs locaux constituent autant d'indications *prima facie* de l'existence de discriminations. Ensuite, elle affirme que les statistiques jouissent d'une valeur probante dans la confirmation de la présence de discriminations structurelles (voir Cour EDH, *Zarb Adami c. Malte*, arrêt du 20 juin 2006, req. n°17209/02, §§ 77-78). Enfin, elle déduit de tous ces éléments que si l'existence d'un tel biais discriminatoire à grande échelle peut être établi, la victime n'a pas à rapporter la preuve d'un traitement discriminant subi personnellement. Evidemment, la situation en Russie étayée par de nombreux rapports nationaux et internationaux – illustrant une fois encore l'interpénétration des travaux des comités onusiens et de la jurisprudence européenne (en ce sens, voir A.-M. SLAUGHTER, « Judicial globalization », *Vanderbilt Journal of International Law*, vol. 40, 1999-2000, pp. 1103-1124 et « A global community of courts », *Harvard Journal of International Law*, vol. 44, n°1, 2003, pp. 191-219) – entre dans ces critères. Elle dispense par conséquent Mme Volodina de prouver – et la Cour d'examiner – la discrimination qu'elle a subi à titre individuel pour conclure à l'existence d'un problème structurel massif en Russie en violation de l'article 14.

Si l'on peut regretter, à la suite du juge Pinto de Albuquerque dans son opinion séparée, que la Cour n'ait pas saisi jusqu'au bout l'occasion offerte par l'espèce pour notamment enjoindre l'Etat de mettre en œuvre des mesures précises d'exécution au titre de l'article 46, ou faire sienne l'analyse des organes internationaux de ces violences domestiques non pas comme des traitements inhumains mais comme des cas de torture, force est de constater qu'une partie des prières qu'adressait déjà le juge portugais à la Cour en 2013 sous l'arrêt *Valiuliene c. Lituanie* (Cour EDH, arrêt du 26 mars 2013, req. n°33234/07) ont été entendues. Le chemin à parcourir reste, certes, important mais cet arrêt de la Cour européenne marque à n'en pas douter une progression vers une appréhension toujours plus inclusive des violences domestiques et de leur répression, dans une lecture de la Convention enfin sensibilisée aux questions de genre.

JULIE FERRERO

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

Arrêt du 16 juillet 2019, *Zhdanov et al. c. Russie*, req. n^{os} 12200/08, 35949/11 et 58282/12

Abus de procédure – droit de recours individuel – recevabilité des requêtes – objet et but – liberté d'expression

L'affaire *Zhdanov et al. c. Russie* s'intègre à première vue dans une jurisprudence tristement récurrente devant la Cour relative à la répression, par les autorités russes, des actions de militants ou d'organisations LGBTQ (voir entre autres, Cour EDH, *Bayev et al. c. Russie* arrêt du 20 juin 2017, req. n^{os} 67667/09, 44092/12 et 56717/12 ; Cour EDH, *Lashmankin et al. c. Russie*, arrêt du 7 février 2017, req. n^{os} 57818/09, 51169/10, 4618/11, 19700/11, 31040/11, 47609/11, 55306/11, 59410/11, 7189/12, 16128/12, 16134/12, 20273/12, 51540/12, 64243/12, et 37038/13). Il s'agit en l'espèce d'un énième constat de violation par l'Etat des articles 11, 14 et 6 de la Convention en raison du refus d'enregistrement des organisations LGBTQ requérantes. En parallèle à ces enjeux principaux toutefois, un élément perturbateur se glisse dans la mécanique bien huilée de la procédure devant la Cour et soulève des questionnements annexes mais néanmoins fondamentaux.

Parmi les requérants dans cette affaire figurait en effet Nikolay Alekseyev, militant LGBT russe bien connu des médias comme de la Cour et fondateur de la marche des libertés interdite par les autorités russes. M. Alekseyev avait déjà soumis plusieurs requêtes à la Cour dénonçant la politique discriminatoire russe à l'égard des minorités sexuelles à l'origine d'avancées jurisprudentielles à cet égard dans des arrêts de 2010 puis de 2018. A la suite de ce dernier jugement de la Cour qui constatait la réalité des violations substantielles et procédurales alléguées par le requérant, il s'estimait fort insatisfait de la décision des juges, qui avait refusé de lui allouer les sommes demandées au titre du préjudice moral. La Cour avait, assez classiquement, considéré à cette occasion que le constat de violation constituait une satisfaction équitable suffisante (Cour EDH, *Alekseyev et al. c. Russie*, arrêt du 27 novembre 2018, req. n^o14988/09 et 50 autres, § 29). Mécontent de ne pas percevoir d'indemnisation financière, le requérant s'était alors lancé dans une campagne de dénigrement virulente à l'égard de la Cour sur les réseaux sociaux, manifestant son ire de manière particulièrement véhémement, voire menaçante. Ayant eu connaissance de ces faits, le gouvernement invoque à titre liminaire l'irrecevabilité de la requête de M. Alekseyev, dénonçant à cette occasion le comportement du requérant sur internet comme constitutif d'un abus de procédure au sens de l'article 35 de la Convention. Avant de livrer son analyse sur le fond de l'affaire, la Cour saisit cette occasion pour rappeler et tenter de préciser sa jurisprudence relative à ce – fort heureusement rare – cas de figure.

L'article 35, paragraphe 3 a) permet à la Cour de conclure à l'irrecevabilité d'une requête abusive sans que le texte de la Convention ne livre plus de détail quant aux caractéristiques de cet abus. La juridiction européenne avait eu l'occasion de définir cette notion, entre autres, dans un arrêt rendu en 2009 dans l'affaire *Miroluvbovs* (Cour EDH, *Miroluvbovs et al. c. Lettonie*, arrêt du 15 septembre 2009, req. n^o798/05). A partir des techniques interprétatives classiques du droit international et

surtout du sens ordinaire que lui donne la théorie du droit elle y considère que l'abus désigne « le fait, par le titulaire d'un droit, de le mettre en œuvre en dehors de sa finalité d'une manière préjudiciable » (§ 62). Un tel usage abusif justifie dès lors une exception au droit de recours individuel institué à l'article 34 et peut, selon la Cour, être caractérisé dans deux situations. Premièrement, il survient lorsque le requérant fonde sa demande sur des faits controuvés, qui seraient invoqués pour tromper délibérément la Cour. Deuxièmement, il y aura encore abus du droit de recours lorsque le requérant utilise, « dans sa communication avec la Cour, des expressions particulièrement vexatoires, outrageantes, menaçantes ou provocatrices – que ce soit à l'encontre du gouvernement défendeur, de son agent, des autorités de l'Etat défendeur, de la Cour elle-même, de ses juges, de son greffe ou des agents de ce dernier » (*idem*, § 64). La jurisprudence précise toutefois que ces propos doivent excéder les « limites d'une critique normale, civique et légitime » (Cour EDH, *Di Salvo c. Italie*, décision du 11 janvier 2007, n°16098/05). La Cour détaille alors, par le menu, le palmarès des abus commis par les requérants dans son histoire, du harcèlement procédural (Com EDH, *M. c. Royaume-Uni*, décision du 15 octobre 1987, req. n°13284/87) à l'obtention de preuve par la force (Cour EDH, *Koch c. Pologne*, décision du 7 mars 2017, req. n°15005/11) en passant par la négligence des règles procédurales (Cour EDH, *Bekauri c. Géorgie*, arrêt du 10 avril 2012, req. n°14102/02). En revanche, et toujours selon la Cour, l'affront peut être lavé si le requérant retire ses propos ou, mieux, présente ses excuses à la suite d'une mise en garde expresse de la juridiction à cette fin en cours de procédure. Ce fut notamment le cas du requérant dans la décision sur la recevabilité rendue dans l'affaire *Parti travailliste Géorgien c. Géorgie* (Cour EDH, décision du 22 mai 2007, req. n°9103/04) dans laquelle la Cour a fait preuve de clémence envers le requérant qui présentait ses excuses et manifestait sa volonté de poursuivre la procédure engagée.

Point tant de mansuétude n'a été accordée à M. Alekseyev en l'espèce, puisque sa requête est déclarée irrecevable par la Cour au terme d'un examen détaillé du comportement litigieux. Elle constate simultanément que les injures publiées sont facilement accessibles, qu'elles contiennent des informations sur les affaires jugées et pendantes devant la Cour ainsi que des attaques personnelles et des menaces directes à l'adresse des juges, les accusant notamment d'alcoolisme et de corruption, allant même jusqu'aux insultes misogynes. Face à cette diatribe plus qu'acérée et à l'absence de retrait ou d'excuses de la part du requérant, la Cour estime qu'il excède le seuil de la critique normale, civique et légitime. Considérant dès lors qu'il fait preuve d'irrespect envers l'institution même auprès de laquelle il sollicite une protection, elle en déduit une attitude contraire au but du mécanisme de recours individuel des articles 34 et 35 (§ 85). Si l'attitude du requérant est, au demeurant, tout à fait condamnable, ce parallèle opéré entre son agressivité à l'endroit de la Cour et le but du texte conventionnel n'est toutefois pas évident et ce, pour au moins deux raisons. D'abord, et comme le relèvent les trois juges dissidents, les agissements du requérant en cause sont ici liés à une affaire antérieure à celle examinée dans l'arrêt. Or, l'article 35 ne fait référence qu'au rejet d'une requête qui serait elle-même abusive. Aussi déplacés que soient les propos tenus par le requérant, il n'appartient pas nécessairement à la Cour de se prononcer à leur sujet. Ensuite, et à la différence des arrêts que la Cour invoque au soutien de son argumentation, les propos du

requérant ne lui étaient pas directement adressés et ne figuraient donc pas dans ses « communications » au sens de l'arrêt *Mirolyubovs*. Si l'on comprend bien la réserve, voire la colère personnelle des juges face à un comportement tout à fait déplorable, la décision d'irrecevabilité laisse la désagréable impression qu'il s'agit d'une sanction du requérant plutôt qu'une application des mécanismes prévus par la Convention. Adoptée à une faible majorité (quatre juges sur sept), cette portion de l'arrêt ne prive heureusement pas la Cour de l'opportunité de se prononcer sur les autres requêtes jointes, et donc de traiter l'affaire au fond. Cette sécurité participe probablement à expliquer le franchissement de ce cap vers l'exemplarité mais elle conduit cependant à introduire dans la jurisprudence de la Cour un précédent inquiétant pour la liberté d'expression d'une part, et pour le mécanisme de recours individuel, dont elle a fait l'une des « clefs de voute » du système conventionnel, d'autre part (voir Cour EDH, Grande Chambre, *Mamatkulov et Askarov c. Turquie*, arrêt du 4 février 2005, req. n^{os} 46827/99 et 46951/99, § 122).

JULIE FERRERO

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

Arrêt du 18 juillet 2019, *T.I. c. Grèce*, req. n^o 40311/10

Traite des êtres humains – article 4 CEDH – obligations positives – obligation d'adopter un cadre juridique adéquat – obligation d'enquête

La requête a été introduite par trois ressortissantes russes arrivées en Grèce en 2003. Selon les requérantes, « des employés du consulat [de Grèce à Moscou] avaient été soudoyés par des trafiquants russes et avaient établi des visas pour les faire entrer en Grèce à des fins d'exploitation sexuelle » (§ 8). Après avoir été arrêtée puis condamnée pour violation de la loi sur la prostitution en septembre 2003, la troisième requérante a expliqué aux autorités de police avoir été forcée à se prostituer par trois personnes. Quant aux deux premières requérantes, elles se présentèrent en décembre 2003 aux autorités de police, expliquant être victimes de traite des êtres humains de la part de plusieurs personnes « qui, selon elles, les forçaient à travailler sans être payées, et notamment à se livrer à des 'danses privées', à du strip-tease et à de l'incitation à la consommation dans différents bars d'Athènes et de Syros » (§ 31). A la suite de ces dénonciations, les autorités grecques engagèrent des procédures pénales relatives aux faits d'exploitation des trois requérantes ainsi que des procédures portant sur la délivrance des visas. Ces dernières ne purent toutefois aboutir en raison de la prescription des faits. Devant la Cour EDH, les requérantes invoquent « un manquement de l'Etat grec à ses obligations de pénaliser et de poursuivre les actes relatifs à la traite des êtres humains » et « se plaignent également d'une inadéquation et de carences de l'enquête et de la procédure judiciaire portant sur les faits en cause » (§ 97). La Cour examine l'ensemble des allégations sous l'angle de l'article 4 de la Convention, qui prohibe l'esclavage, la servitude et le travail forcé ou obligatoire.

Depuis l'arrêt *Rantsev c. Chypre et Russie* (Cour EDH, arrêt du 7 janvier 2010, req. n^o 25965/04), il est acquis que la traite des êtres humains telle que définie à l'article 3 a) du Protocole de Palerme et à l'article 4 a) de la Convention anti-traite du

Conseil de l'Europe, relève de l'article 4 de la Convention. Ainsi que le rappelle la Cour, cette disposition « consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques qui forment le Conseil de l'Europe » et « sa portée ne pourrait se limiter aux seuls agissements directs des autorités de l'Etat » (§ 134). L'article 4 de la Convention met ainsi à la charge des Etats des obligations positives de prévention, de protection, d'enquête et de sanction, objet du présent arrêt.

La Cour examine d'abord si l'Etat a respecté son obligation d'adopter un cadre juridique approprié pour réprimer la traite des êtres humains et protéger les victimes. A l'occasion de deux affaires précédentes (Cour EDH, *L.E. c. Grèce*, arrêt du 21 janvier 2016, req. n° 71545/12, §§ 70-72 ; Cour EDH, *Chowdury et autres c. Grèce*, arrêt du 30 mars 2017, req. n° 21884/15, §§ 105-109), la Cour avait déjà jugé que le cadre juridique grec, issu d'une loi adoptée en 2002, constituait un cadre adéquat pour lutter contre la traite des êtres humains (§ 143). Or, en l'espèce, une partie des procédures – celle concernant la délivrance des visas – a été menée sous l'empire de la législation antérieure qui « présentait certaines insuffisances » (*ibid.*). En effet, la traite des êtres humains constituait à l'époque des faits un délit, et non un crime, et était assortie d'un délai de prescription plus court. La Cour constate donc une première violation de l'article 4 de la Convention au motif que « le cadre juridique sous lequel s'est déroulé cette procédure [ne] s'est [pas] avéré efficace et suffisant, ni pour sanctionner les trafiquants ni pour assurer la prévention efficace de la traite des êtres humains » (§ 144).

La Cour se penche ensuite sur l'obligation de l'Etat de prendre des mesures concrètes de protection des victimes potentielles ou avérées de traitements contraires à l'article 4 de la Convention. Il est de jurisprudence constante que l'Etat n'est tenu de prendre de telles mesures que lorsque ses autorités « avaient ou devaient avoir connaissance de circonstances permettant de soupçonner raisonnablement qu'un individu était soumis, ou se trouvait en danger réel et immédiat de l'être, à la traite ou à l'exploitation au sens de l'article 3 a) du Protocole de Palerme et de l'article 4 a) de la convention anti-traite du Conseil de l'Europe » (§ 136) et que « cette obligation [doit être interprétée] de manière à ne pas imposer aux autorités un fardeau insupportable ou excessif » (§ 137). Sur ce point, la réaction des autorités est jugée satisfaisante. En ce qui concerne la troisième requérante, la Cour relève que « moins de deux mois après sa dénonciation, la décision ordonnant l'expulsion de l'intéressée a été suspendue et elle s'est vu attribué un permis de séjour » et que « quinze jours après la délivrance de ce permis, la requérante a été placée dans un foyer » (§ 149). Quant aux deux autres requérantes, la Cour souligne « la célérité avec laquelle les autorités ont reconnu les requérantes comme victimes de la traite » (§ 152).

La Cour examine enfin l'obligation procédurale d'enquête et retient un triple constat de violation de l'article 4 de la Convention. En ce qui concerne la troisième requérante, la procédure pénale contre les auteurs présumés des faits a pris fin près de huit ans après la dénonciation de la victime. Or, « l'écoulement du temps érode inévitablement la quantité et la qualité des preuves disponibles et (...) l'apparence d'un manque de diligence jette un doute sur la bonne foi avec laquelle les investigations ont été menées » (§ 157). L'affaire n'a donc pas été traitée « avec le niveau de diligence requis par l'article 4 de la Convention » (§ 158). Quant à l'enquête menée sur les faits dénoncés par les deux premières requérantes, la Cour

relève notamment les carences des autorités dans la recherche de l'une des principales suspectes. Concernant l'enquête sur la délivrance des visas, elle souligne qu'« étant donné la gravité de la dénonciation des requérantes et le fait que celles-ci accusaient des agents de l'Etat d'être impliqués dans les réseaux de la traite des êtres humains, les autorités étaient tenues d'agir avec une diligence particulière en l'espèce, afin de s'assurer de la soumission des actes en cause à un examen approfondi et de faire ainsi disparaître les doutes entourant la probité des agents de l'Etat » (§ 166). Il n'en a cependant pas été ainsi, en raison du manque de diligence des autorités aussi bien en ce qui concerne l'ouverture d'une enquête que le déroulement de celle-ci et du fait les requérantes n'ont pas été suffisamment associées à l'enquête (§§ 163-168).

JULIE TAVERNIER

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

Arrêt du 17 septembre 2019, *Akdağ c. Turquie*, req. n° 75460/10

Droit à l'assistance d'un avocat – garde à vue – renonciation aux droits – droit à un procès équitable.

Invoquant l'article 6, paragraphes 1 et 3 c) CEDH la requérante se plaint de n'avoir pas pu bénéficier d'un avocat durant sa garde à vue et de ce que les déclarations faites dans ces circonstances ont été retenues contre elle durant son procès. Le Gouvernement défendeur avance que la requérante avait valablement renoncé à son droit d'être assistée par un avocat, comme en attesterait un « X » imprimé dans une case face à la mention « n'a pas demandé d'avocat » sur le formulaire de déposition de la requérante. La question centrale soulevée par cette affaire était donc celle de savoir à quelles conditions la renonciation au droit d'être assisté par un avocat durant la garde à vue, consacré par la Cour EDH dans l'arrêt *Salduz c. Turquie* (Cour EDH, Grande chambre, arrêt du 27 novembre 2008, req. n° 36391/02), peut être réputée valide.

Rappelant les principes énoncés notamment dans l'arrêt *Simeonovi c. Bulgarie* (Cour EDH, Grande chambre, arrêt du 12 mai 2017, req. n° 21980/04, § 115), la Cour souligne que « *neither the letter nor the spirit of Article 6 of the Convention prevents a person from waiving of his own free will, either expressly or tacitly, the entitlement to the guarantees of a fair trial* » (§ 46). Toutefois, une telle renonciation doit être établie de manière non équivoque et entourée de garanties à la mesure de sa gravité. Si la renonciation ne doit pas nécessairement être explicite, elle doit être volontaire, consciente et éclairée. Dès lors, pour qu'un accusé puisse être considéré comme ayant renoncé implicitement, par sa conduite, à un droit garanti par l'article 6 de la Convention, il doit être démontré qu'il pouvait raisonnablement prévoir les conséquences de cet acte. Enfin, la renonciation ne doit se heurter à aucun intérêt public important (§ 46).

En l'espèce, la Cour estime que la prétendue renonciation au droit d'être assisté par un avocat ne saurait produire d'effet au regard de la Convention. Si elle n'est pas en mesure d'établir elle-même l'invalidité de la renonciation, la Cour juge que le Gouvernement n'a pas démontré sa validité (§ 61). Pour parvenir à cette conclusion,

la Cour prend en considération plusieurs éléments. D'abord, le Gouvernement n'a pas démontré que la requérante aurait été informée des conséquences de la renonciation à son droit à un avocat (§ 50). La Cour relève ensuite que le formulaire de déposition de la requérante, censé manifester sa renonciation, ne portait aucune note manuscrite (§ 53). Elle ajoute que « *the use of a printed waiver formula may represent a challenge as to ascertaining whether the text actually expresses an accused's free and informed decision to waive his or her right to be assisted by a lawyer* » (§ 54). La Cour souligne également que la requérante était revenue sur les déclarations faites à la police dès l'instant où elle avait reçu l'assistance d'un avocat (§ 53) et qu'elle avait expliqué, aussi bien au médecin qui l'avait examinée à l'issue de sa garde à vue qu'au procureur, qu'elle avait dû signer le formulaire en question sous la contrainte (§ 55). En outre, la requérante prétendant être analphabète, des garanties supplémentaires auraient dû entourer sa renonciation afin d'en garantir le caractère volontaire. Or, les juridictions internes n'ont pas examiné la question de savoir si la requérante était analphabète (§§ 56-57). La Cour examine finalement si la prise en compte par les juridictions internes des déclarations faites par la requérante à la police alors qu'elle n'avait pas valablement renoncé à son droit à un avocat avait porté atteinte à l'équité de la procédure dans son ensemble. Répondant par l'affirmative, au motif notamment que les juridictions internes n'avaient pas examiné la validité de la renonciation de la requérante et que cette dernière n'avait pas eu la possibilité de contester l'authenticité des preuves retenues contre elle et leur utilisation lors de son procès (§ 68), la Cour constate la violation de l'article 6, paragraphes 1 et 3 c), de la Convention. Dans leur opinion concordante commune, les juges Bošnjak et Yüksel affirment que l'arrêt *Akdağ c. Turquie* ne doit pas être interprété comme signifiant qu'en soi la forme imprimée (plutôt que manuscrite ou audio) des déclarations d'un accusé, doit nécessairement conduire à mettre en doute leur authenticité (§ 2 de l'opinion concordante).

JULIE TAVERNIER

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

Arrêt du 10 octobre 2019, *O.D. c. Bulgarie*, req. n°34016/18

Etrangers – réfugiés – droit d'asile – terrorisme – menace pour l'ordre public – éloignement – expulsion – violation conditionnelle – Syrie – violence aveugle – conflit armé interne ou international – torture – traitements inhumains ou dégradants

L'enlèvement de la situation en Syrie dont la gravité atteint des degrés rarement atteints conduit la Cour EDH, constatant cet état de fait, à prendre une nouvelle décision rappelant l'interdiction d'éloignement de toute personne vers cet Etat, sans exception possible. Le danger en cas de renvoi est si évident que des mesures provisoires ont ici été adoptées sur le fondement de l'article 39 du Règlement de la Cour, indiquant au Gouvernement bulgare de ne pas procéder à l'exécution d'un arrêté d'expulsion pour la durée de la procédure devant la Cour. Hormis cette situation générale, l'arrêt soulève quelques points de difficulté sur lesquels la Cour ne s'est peu, voire pas penchée. Les craintes du requérant en Syrie avaient été reconnues – soldat de l'armée syrienne, il avait refusé d'obéir à ses supérieurs puis déserté pour rejoindre les rangs de l'Armée syrienne libre (ASL) – mais aucune protection

accordée. Les autorités bulgares, remarquant le caractère peu homogène de l'ASL, étaient en effet en possession d'éléments leur donnant de sérieuses raisons de croire en l'implication du requérant dans un groupe terroriste affilié à « Al-Qaïda ». Une mesure d'éloignement avait alors été adoptée en raison de la menace qu'il était censé constituer pour la sécurité nationale. L'arrêt d'expulsion n'identifiait cependant pas la Syrie comme pays de destination. En outre, l'acte avait été pris en 2013, confirmé par la Cour suprême bulgare en 2014 mais était resté lettre morte depuis lors. Ces éléments nous mettent face à une procédure bulgare en matière d'asile et d'éloignement des étrangers relativement obscure, dont les juges de Strasbourg n'ont pas tenté d'imposer l'éclaircissement.

Sur le plan de la recevabilité de la requête, la Cour rappelle les conditions propres aux situations de violations dites conditionnelles, du fait de l'exécution d'une mesure d'éloignement. Concernant le délai de six mois prévus par l'article 35, paragraphe 1 de la Convention, qui court en principe à compter de la décision définitive interne, la Cour reprend le raisonnement exposé dans les affaires *P.Z. et autres* et *B.Z. c. Suède* (Cour EDH, 29 mai 2012, req. n^{os} 68194/10 et 74352/11, §§ 32-34). La responsabilité de l'Etat ne pouvant être engagée qu'au moment de la réalisation de la mesure, le délai de six mois ne court pas tant que la décision d'éloignement n'a pas été exécuté et que l'individu demeure sur le territoire (§ 33 de l'arrêt). La Cour confirme que le moment de l'illicite n'est pas l'adoption de la décision d'éloignement litigieuse mais son exécution à venir. Elle rappelle ainsi qu'il existe bien un cas particulier de responsabilité internationale de l'Etat pour les violations dites « conditionnelles » de la Convention, intervenant telle une mesure préventive d'un fait illicite non encore survenu. Ayant également à se prononcer sur la qualité de « victime » du requérant au sens de l'article 34, la Cour rappelle que cette qualité est conférée par la seule « valeur juridique entière » de la mesure litigieuse, ce qui procède de la fiction puisque cette mesure ne constitue pas en elle-même le fait internationalement illicite, non encore survenu. Le Gouvernement bulgare estimait néanmoins que la décision, n'ayant pas été exécutée pendant plus de cinq ans, était tombée en désuétude ; le requérant ne craignait donc plus un éloignement, d'autant que le Gouvernement avait reconnu qu'un renvoi vers la Syrie emporterait violation des articles 2 et 3 de la Convention (§ 29). La Cour conclut au contraire que cette prétendue désuétude n'emportait ni retrait ni suspension (ici expressément refusée par les autorités), le requérant reste donc victime d'une mesure juridiquement encore en vigueur et exécutable (§§ 34-35 de l'arrêt). Un flottement peut alors être remarqué dans le raisonnement de la Cour, bien qu'il soit imputable à l'obscurité de la position des autorités bulgares : à aucun moment de la procédure interne la Syrie n'a été fixée comme pays de destination. D'ailleurs, l'exclusion du requérant de toute protection internationale comportait nécessairement une reconnaissance initiale de ses craintes. Le juge bulgare a en outre considéré que le requérant ne pouvait être expulsé vers ce pays, ce qui ne signifiait pas pour autant que l'arrêt ne pouvait être exécuté (§ 12). Ces éléments combinés laissent à penser que l'Etat envisageait davantage un renvoi vers un pays tiers que vers le pays d'origine. La Cour s'est seulement appuyée sur l'obtention par le requérant d'un passeport syrien : ne nécessitant plus l'obtention d'un sauf-conduit, le risque qu'il soit renvoyé dans ce pays était augmenté. Il semblerait donc que la violation alléguée soit ici plus hypothétique que d'ordinaire,

ce que la Cour aurait pu relever afin d'élargir la notion de victime. Dans le cas de l'espèce, le requérant souffre non d'une violation conditionnelle en cas d'exécution d'un arrêté précis, mais de *l'incertitude* liée au risque de violation si la Syrie venait finalement à être fixée comme pays de destination. Le cas pourrait donc être situé à la croisée des jurisprudences *Soering c. Royaume-Uni* (Cour EDH, arrêt du 7 juillet 1989, *Série A*, n°161) mais aussi et surtout *Klass c. Allemagne* (Cour EDH, arrêt du 6 septembre 1978, *Série A*, n°28) et *Dudgeon c. Royaume-Uni* (Cour EDH, arrêt du 22 octobre 1981, *Série A*, n° 45) : il s'agirait de la « victime potentielle » d'une « violation conditionnelle ».

Toujours en matière de recevabilité, la Cour se prononce enfin, de manière intrinsèquement liée à la persistance du statut de victime, sur la demande de radiation de l'affaire du rôle formulée par le Gouvernement qui a reconnu qu'une mesure d'exécution de l'arrêté d'expulsion constituerait une violation des articles 2 et 3 de la Convention et considérerait que le requérant ne risquait ainsi plus d'être expulsé. La Cour met cependant en avant les « observations ambiguës » de la Bulgarie qui expliquait tout à la fois ne pas envisager de renvoyer le requérant en Syrie mais qu'il n'y courrait aucun risque en cas de retour (§ 28). La Cour conclut ainsi qu'il n'existe aucun « engagement sérieux à ne pas renvoyer le requérant vers la Syrie » (§ 39). Seules « des assurances expresses pour un engagement obligatoire de non-renvoi » seraient suffisantes pour mettre fin à une demande de reconnaissance de violation conditionnelle de ce type (voir par ex. Cour EDH, *Boutagni c. France*, arrêt du 18 novembre 2010, req. n°42360/08, §§ 47-48). Il est à noter que la Cour prend en compte l'absence de statut protecteur ou titre de séjour en Bulgarie (§ 39 *in fine*). Cette remarque ne revient cependant pas à exiger, comme assurance de non-exécution d'une mesure d'éloignement, qu'un statut ni même un simple titre de séjour soit accordé à l'individu en question. Le maintien d'un individu en « zone grise », ni expulsable ni régularisable, reste donc tolérable. Pour davantage de clarté, la Cour aurait peut être eu intérêt à suivre le précédent tracé dans l'affaire *F.G. c. Suède* (Cour EDH, Grande Chambre, arrêt du 23 mars 2016, req. n°43611/11). Les faits divergeaient car la mesure d'éloignement était alors frappée de prescription ; le requérant ne pouvait donc plus se prétendre victime au sens de l'article 34. La Cour avait cependant relevé la « situation incertaine » de l'individu, qui « n'a obtenu ni asile ni permis de séjour en Suède » et « resterait immanquablement dans le flou ». Elle n'a alors pas prononcé la radiation de l'affaire mais a considéré que d'« importantes questions se trouvent en jeu (...), notamment en ce qui concerne les obligations que doivent remplir les parties à une procédure d'asile. Par son impact, l'espèce dépasse donc la situation particulière du requérant, contrairement à la plupart des affaires d'expulsion semblables qui sont examinées par une chambre. » (arrêt préc., § 71). Cet argument nous aurait semblé ici fort à propos (voir *infra*, sur la violation de l'article 13 en lien avec les art. 2 et 3).

Au fond, concernant l'examen de la violation alléguée des articles 2 et 3 de la Convention, griefs confondus, le juge européen balaie sans s'y attarder tout élément relatif aux suspicions d'activités terroristes du requérant et à la menace pour l'ordre public qu'il constituerait. Certes la Cour rappelle diplomatiquement « l'ampleur du danger que représente le terrorisme » et surtout les « énormes difficultés que rencontrent à notre époque les Etats pour protéger leur population » de cette menace,

estimant leur « grande fermeté » « légitime » (voir par ex. Cour EDH, *Daoudi c. France*, arrêt du 3 déc. 2009, req. n°19576/08, § 65 ; *Boutagni c. France*, préc., § 45 ou récemment le contestable arrêt du 29 avril 2019, *A.M. c. France*, § 112, cette Chronique, *Revue*, 2019-3, nos obs.). Mais elle balaie ensuite tout élément relatif aux implications du requérant dans des activités terroristes par renvoi au caractère absolu de la protection offerte par les articles 2 et 3 de la Convention. Elle tranche sans concession : « cet aspect des choses n'est pas pertinent dans le cadre de l'analyse sur le terrain de l'article 3 » (§ 46). Le genre humain protégé par le système européen des droits de l'homme n'exclut définitivement pas les criminels.

L'arrêt de la Cour est par la suite intéressant en raison du constat de la situation prévalant en Syrie qu'il opère. Cette analyse « risque-pays » s'appuie sur divers rapports rappelés dans sa jurisprudence précédente (§ 22) et surtout sur le récent rapport du Haut-commissariat pour les réfugiés des Nations Unies (UNHCR) (« Considération de protection internationale concernant les personnes fuyant la République Arabe Syrienne. Mise à jour V », HCR/PC/SYR/17/01, 3 novembre 2017, cité § 23), illustrant l'enrichissement mutuel entre droit des réfugiés et droit international des droits de l'Homme. Ce rapport comportait un « moratoire sur les retours forcés » exhortant les Etats à ne procéder à aucun renvoi de ressortissants syriens, ni en Syrie ni dans des pays tiers en dehors d'arrangements spécifiques (§ 23, repris § 54). En s'y référant, la Cour procède à l'actualisation de son analyse « risque-Syrie » (Cour EDH, *L.M. et autres c. Russie*, arrêt du 15 octobre 2015 req. n°40081/14 et *S.K. c. Russie*, arrêt du 14 février 2017, req. n°52722/15.). Son appréciation doit en effet se placer à la date de l'examen de l'affaire devant elle (§§ 49 et 52). Sous réserve de cette actualisation, les motifs des arrêts précédents relatifs à la situation en Syrie gardent une forme d'autorité, que l'on pourrait qualifier « de la chose constatée », et sont repris dans le présent arrêt : ils concluaient, en raison de l' « usage systématique de la force de la part des parties au conflit, ainsi que d'attaques systématiques envers la population civile ou les bâtiments civils, malgré les cessations des hostilités signées en février 2016 », « que le renvoi de la personne concernée [mais en réalité de toute personne, ndlr] vers la Syrie constituerait une violation des articles 2 et 3 de la Convention (§ 52 de l'arrêt, renvoyant à l'arrêt *L.M. c. Russie*, préc.). Certes, suivant en cela une jurisprudence ici rappelée (Cour EDH, *H.L.R. c. France*, 29 avril 1997, *Rec.* 1997-III, § 41), une situation de violence généralisée ne conduit en principe pas à une violation automatique de l'article 3 en cas d'éloignement, car la situation individuelle du requérant doit être prise en considération. Mais si le degré d'intensité du conflit est extrême, l'individu pourrait nécessairement encourir un risque de mauvais traitement du seul fait qu'un retour l'expose à cette violence, position que la Cour avait déjà réservée (Cour EDH, *N.A. c. Royaume-Uni*, arrêt du 17 juillet 2008, req. n°25904/07, § 115). La Syrie entre justement dans le cas d'un conflit d'une intensité des plus extrêmes. L'actualisation de l'analyse de la Cour confirme cette gravité : « malgré une baisse générale des hostilités, les parties au conflit poursuivent d'intenses combats et se livrent à des attaques indiscriminées, y compris envers la population civile et les infrastructures civiles, à des pillages et des persécutions (...). De plus, des arrestations et des détentions arbitraires de masse ont eu lieu encore récemment, début 2019, près de Homs, la ville d'origine du requérant. » (§ 54). Ce constat dressé

doit s'imposer non seulement à la Bulgarie mais à tous les Etats parties à la Convention afin de prévenir des violations des articles 2 et 3 de la Convention en cas de renvoi car ces dernières seraient automatiquement reconnues. Bien que la Cour ne conclue pas à ce stade, l'automatisme de la violation en cas de renvoi du seul fait la situation générale prévalant en Syrie est évidente.

L'analyse du « risque individuel » du requérant que la Cour opère ensuite apparaît alors comme détachée du « contexte général » (§ 54). La Cour s'interroge sur les risques encourus du fait de son insubordination puis de sa désertion de l'armée syrienne. Prenant acte du fait que jamais les autorités bulgares n'ont remis en cause la version des faits du requérant, la Cour évalue qu'elles seraient ses craintes de ce fait. Renvoyant aux rapports précités, elle remarque « tout particulièrement l'existence de pratiques d'exécution, de détention arbitraire ou des mauvais traitements à l'égard des personnes ayant déserté l'armée ou ayant refusé d'exécuter des ordres de tir » (*ibidem*). Sans même se pencher sur son ralliement ultérieur à l'ASL, la Cour estime donc qu'il existe un risque réel de subir de mauvais traitements de ce fait (§ 55). Elle renvoie ici à l'analyse de l'UNHCR qui met en avant le « besoin de la protection internationale du fait de leur opinion politique, voire de leur opinion politique imputée ». Ce faisant, elle envoie un message tacite mais toutefois clair aux juges de l'asile nationaux : les déserteurs ou insubordonnés syriens entrent dans le champ de la Convention de Genève sur le statut des réfugiés. Elle exclut expressément un asile interne et conclut cette fois définitivement qu'un renvoi vers la Syrie emporterait violation des articles 2 et 3 (§§ 55 et 56).

Le second grief soulevé était celui de la violation de l'article 13 combiné aux articles 2 et 3, dans la mesure où le requérant n'aurait à aucun moment de la procédure bulgare été à même de faire examiner ses craintes en cas de retour en Syrie, sur le terrain de l'éloignement. La Cour conclut à la violation de ce droit à un recours effectif, sur une base qui semble quelque peu incertaine : le risque de violation encouru en Syrie n'a en effet été examiné que par le juge de la protection et non celui de la mesure d'éloignement puisque, on le rappelle, cette dernière ne visait pas spécifiquement ce pays comme destination. C'est en réalité la procédure bulgare dans son ensemble, de par son manque de clarté et de prévisibilité, qui aurait pu être mise en cause. Il est en effet anormal par principe qu'un arrêté soit pris sans déterminer le pays de renvoi, laissant un individu dans la plus grande incertitude, en proie à une décision susceptible de tomber du jour au lendemain et contre laquelle il serait matériellement impossible d'exercer un recours ; la condition suspensive de la mesure d'expulsion semble être la détermination du pays de destination, qui emporterait alors aussitôt exécution de l'acte d'éloignement. Si l'état du droit bulgare des étrangers et réfugiés est tel qu'on croit le comprendre à la lecture de cet arrêt, il aurait certainement mérité que la Cour s'y attache davantage, prenant un peu de hauteur par rapport à l'examen de la situation individuelle du requérant exclusivement examinée ici.

HÉLÈNE RASPAIL

COUR AFRICAINE DES DROITS DE L'HOMME ET DES PEUPLES

Arrêt du 28 juin 2019, fond et réparation, *Alfred Agbesi Woyome c. République du Ghana*, req. n°001/2017.

Droit à un procès équitable – impartialité des juges – incorporation au droit interne

Cette affaire qui oppose l'homme d'affaires Alfred Agbesi Woyome à la République du Ghana pose essentiellement la question de l'impartialité des juges, une garantie du droit à un procès équitable de l'article 7 de la Charte africaine. Le requérant a saisi la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples (Cour ADHP) contre l'arrêt de la Chambre de révision de la Cour suprême du Ghana qui a prononcé l'inconstitutionnalité des contrats qu'il a conclu avec l'Etat pour la construction d'infrastructures sportives en vue de l'accueil de l'édition 2018 de la Coupe d'Afrique des Nations, et ordonné le remboursement à l'Etat défendeur des montants perçus. La question principale de fond qui se pose en l'espèce est celle de l'impartialité de la Chambre de révision de la Cour suprême, au regard des propos tenus par l'un des juges sur le requérant, dans son opinion concordante devant la Chambre ordinaire de la Cour suprême. Selon celui-ci, le requérant n'avait pas conclu de contrat avec l'Etat défendeur et il n'avait donc pas droit à l'argent qui lui avait été versé. De plus, il a affirmé que « le requérant avait formé une alliance avec une autre partie, Waterville, afin de créer, piller et partager les ressources de ce pays comme si une brigade avait été montée pour ce faire » et ajouté que le requérant était au centre du « fameux scandale des paiements Woyome ».

Il s'agissait pour la Cour africaine de trancher la question de savoir si les propos de l'un des juges donnent une impression de parti pris et si, vu les circonstances, ces propos remettent en question l'impartialité de la Chambre de révision de la Cour suprême tout entière.

L'analyse de la Cour ne laisse pas entrevoir la conclusion à laquelle elle a abouti. Comme l'a relevé le juge Ben Achour dans son opinion dissidente : « Le raisonnement de la Cour ne tient, (...) pas la route : autant il est acceptable et logique dans ses prémices, autant il est illogique et contradictoire dans ses conclusions. » (opinion dissidente du juge Ben Achour, § 21). En effet, s'inspirant de la définition doctrinale de l'impartialité du *Dictionnaire de droit international public* et du Commentaire des principes de Bangalore sur la déontologie judiciaire (§§ 126-128 de l'arrêt), la Cour africaine affirme que pour s'assurer de l'impartialité, le tribunal doit offrir des garanties suffisantes pour exclure tout doute légitime à cet égard. Ce qui laisse entendre, contrairement à sa conclusion, qu'une apparence de parti pris suffit à entacher l'impartialité de la formation de jugement. La Cour a, contre toute attente, estimé que, bien que les propos du juge Dotse étaient regrettables et étaient allés au-delà de ce que l'on peut considérer comme un commentaire judiciaire approprié, ils n'ont pas donné l'impression d'idées préconçues et n'ont révélé aucun parti pris. Plus loin, la Cour semble développer l'idée selon laquelle l'impartialité de la Cour de révision n'est pas entachée dès lors que les commentaires inappropriés d'un des juges n'ont pas influencé la décision de la Cour. En d'autres termes, dès lors que le présumé parti

pris d'un juge n'a pas influencé la décision de la formation de jugement, il n'y a pas lieu d'évoquer une quelconque impartialité. Cette position de la Cour est contraire aux *Directives et principes sur le droit à un procès équitable et à l'assistance judiciaire en Afrique* adoptés par la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples en 2003 (DOC/OS (XXX) 247, A para. 5) qui énonce des critères pour apprécier l'impartialité, à savoir : « si le juge est en mesure de jouer un rôle essentiel dans la procédure ; si le juge peut avoir une opinion préconçue risquant de peser lourdement sur la décision (...) ». Il apparaît en l'espèce que le juge Dotse a joué un rôle essentiel dans la procédure en rédigeant la décision (§ 131) et qu'ainsi, ses propos risquaient d'influencer la décision de la Chambre de révision. La jurisprudence de la Cour EDH va plus loin en affirmant qu'en matière d'impartialité, même les apparences peuvent revêtir de l'importance, il en va de la confiance que les tribunaux d'une société démocratique se doivent d'inspirer aux justiciables, à commencer par les parties à la procédure (Cour EDH, *Daktaras c. Lituanie*, arrêt du 10 octobre 2000, req. n° 42095/98, § 32). Comme le dit l'adage anglais : « *justice must not only be done, it must also be seen to be done* ». Tout juge dont on peut légitimement craindre un manque d'impartialité doit donc se déporter (Cour EDH, *Micallef c. Malte*, arrêt du 15 octobre 2009, req. n°17056/06, § 98). La position de la Cour africaine en l'espèce ne semble pas aller dans le sens de la condamnation de toute apparence de partialité des juges et de la sauvegarde de la confiance du public dans le système judiciaire.

En revanche, il convient de souligner les précisions majeures faites par la Cour relativement à sa compétence et à la recevabilité de la requête. D'abord concernant sa compétence à examiner l'affaire, la Cour devait répondre à une exception d'incompétence matérielle tirée de la non intégration du Protocole de Ouagadougou dans la législation interne. Elle a justement rejeté cette exception soulevée par l'Etat défendeur en faisant observer que l'article 34 du Protocole ne fait pas de son incorporation dans le droit interne des Etats, une condition de son entrée en vigueur. Il exige uniquement le dépôt des instruments de ratification ou d'adhésion pour l'entrée en vigueur du Protocole à l'égard de l'Etat. La Cour affirme enfin que le dépôt des instruments de ratification de la part de l'Etat défendeur exprime son consentement définitif à être lié par le Protocole (§ 31) et que, conformément à l'article 27 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, un Etat ne peut invoquer les dispositions de son droit interne pour se soustraire à ses obligations conventionnelles, faisant ainsi prévaloir le droit de la Charte sur le droit national.

MURIEL SOGNIGBÉ SANGBANA

COUR AFRICAINE DES DROITS DE L'HOMME ET DES PEUPLES

Ordonnance du 4 juillet 2019, intervention, *Commission Africaine des droits de l'homme et des peuples c. République du Kenya*, Demandes d'intervention de Wilson Barngetuny Koimet et 119 autres et de Peter Kibiegon Rono et 1300 autres, req. n° 006/2012

Tierce-intervention – *amicus curiae* – droit des peuples

L'arrêt du 4 juillet 2019 relatif aux demandes d'intervention introduites par Wilson Barngetuny Koimet et autres fait suite à l'arrêt rendu par la Cour dans l'affaire dite du peuple Ogiek. Introduite par la Commission Africaine des droits de l'homme et des peuples conformément à l'article 5(1) (a) du Protocole de la Cour, la requête était relative à un préavis d'expulsion en vertu duquel les Ogiek et d'autres communautés vivant dans la forêt de Mau devaient quitter les lieux dans un délai de 30 jours. La Commission allègue que les Ogiek constituent une minorité ethnique autochtone du Kenya qui habite dans le complexe forestier du Grand Mau, un territoire à cheval sur près de sept districts administratifs de l'Etat défendeur et constitue une réserve de captage hydrographique faisant partie du domaine de l'Etat. La requérante soutient que l'action des services des forêts n'a pas tenu compte de l'importance de la forêt de Mau pour la survie des Ogiek et que ceux-ci n'avaient pas été consultés avant la décision d'expulsion qui perpétue les injustices subies par les Ogiek depuis la période coloniale et après l'accession de l'Etat défendeur à l'indépendance. La Commission a demandé à la Cour de constater la violation des articles 1, 2, 4, 8, 14, 17 (2) et (3), 21 et 22 de la Charte par le Kenya. Dans son arrêt du 26 mai 2017, la Cour a constaté la violation de tous les articles allégués à l'exception de l'article 4 relatif au droit à la vie. Elle ordonne au défendeur de prendre toutes les mesures nécessaires dans un délai raisonnable pour remédier aux violations constatées. Elle a réservé sa décision sur les réparations et a accordé à la requérante un délai de 60 jours pour déposer ses observations sur les réparations.

Les demandes d'intervention qui font l'objet de l'ordonnance qui retient ici notre attention ont été soumises à la Cour le 16 avril 2019, sept mois après la clôture de la soumission des observations des parties sur les réparations, par un certain nombre de personnes faisant valoir leur titre de propriété et/ou de résidence sur des terres situées dans le Grand complexe de la Forêt de Mau, estimant que l'arrêt du 27 mai 2017 risque de porter atteinte à leurs intérêts en tant que propriétaires des parcelles situées sur le territoire concerné par la décision d'expulsion incriminée. Les requérants ont estimé que l'arrêt de la Cour sur le fond leur a porté préjudice et les a désavantagés, la Cour ayant tiré ses conclusions sans leur donner la possibilité de faire entendre leur cause. Ils considèrent qu'il est dans l'intérêt de la justice que la Cour leur permette de protéger leurs droits en autorisant leur entrée dans la procédure.

Ces demandes d'intervention offrent à la Cour l'occasion de faire œuvre de pédagogie s'agissant de la tierce-intervention dans son prétoire. La Cour a examiné la recevabilité des demandes d'intervention à la lumière des dispositions pertinentes de son *corpus* de base, le Protocole (art. 5, para. 2), le Règlement intérieur et intérimaire (art. 33, para. 2, art. 53). Elle en tire deux conditions de recevabilité de l'intervention d'une tierce partie dans une procédure en cours. D'une part *ratione personae*, le tiers-

intervenant doit être un Etat (art. 5, para. 2 du Protocole) ; d'autre part, *ratione temporis*, la demande d'intervention doit être soumise avant la clôture de la procédure (art. 53, para. 1 du Règlement). En l'espèce, il est manifeste que les demandes d'intervention ont été déposées tardivement et rien ne pouvait expliquer selon la Cour un tel dépassement des délais, vu la médiatisation de l'affaire dans l'Etat défendeur. La Cour a donc légitimement rejeté les demandes d'intervention pour ce motif.

En revanche, s'agissant du motif tenant à l'auteur de la demande, la Cour n'a pas argumenté son rejet, se contentant d'invoquer l'article 5, paragraphe 2 du Protocole. Cela amène à s'interroger sur la réponse qu'auraient reçu les requérants si les conditions de délai avaient été respectées. En effet, tant le Règlement intérieur que la pratique de la Cour montrent que les tierces-interventions des entités non étatiques sont recevables devant la Cour, non sur le fondement de l'article 5, paragraphe 2 du Protocole mais des articles 45 et 46 du Règlement intérieur. Ces articles constituent la base de la tierce intervention des *amici curiae* dans la procédure devant la Cour. Comme l'indique le paragraphe 2 de l'article 45, la Cour peut demander à toute personne ou institution de son choix de recueillir des informations, exprimer un avis ou lui faire un rapport, sur un point déterminé. Il s'agit de mesures d'instruction permettant à la Cour de se procurer tous les éléments de preuve qu'elle estime aptes à l'éclaircir sur les faits de la cause. La Cour africaine a ainsi entendu la Commission nationale de lutte contre le génocide en qualité d'*amicus curiae* dans l'affaire *Ingabire Victoire Umuhoza c. République du Rwanda* (Cour ADHP, arrêt du 24 novembre 2017, req. n°003/2014, § 37). Il en était de même de l'Union panafricaine des avocats dans l'affaire *Com. ADHP c. Grande Jamahiriya Arabe Libyenne populaire et socialiste* (Cour ADHP, arrêt du 15 mars 2013, req. n°004/2011, § 4). Les organismes nationaux, les organisations non gouvernementales, les personnes physiques peuvent intervenir devant la Cour africaine en qualité de témoin ou d'expert.

Les requérants en l'espèce ne peuvent-ils pas être considérés comme des amis de la Cour et ainsi se voir appliquer les articles 45 et 46 du Règlement intérieur ? Manifestement la Cour n'a pas fait ce choix, laissant un goût d'inachevé à la lecture de sa décision de rejet des demandes d'intervention.

MURIEL SOGNIGBÉ SANGBANA

COUR AFRICAINE DES DROITS DE L'HOMME ET DES PEUPLES

Arrêt du 4 juillet 2019, réparation, *Alex Thomas c. République Unie de Tanzanie*, req. n° 005/2013.

Réparation – évaluation – réparation matérielle – réparation immatérielle

L'arrêt en réparations de l'affaire *Alex Thomas c. République Unie de Tanzanie* confirme sur différents points la jurisprudence de la Cour ADHP en matière de réparations. Prévues à l'article 27, paragraphe 1 du Protocole de la Cour, les mesures de réparation des violations du droit africain des droits de l'homme s'inspirent du droit de la responsabilité pour fait internationalement illicite qui requiert la réparation intégrale des dommages causés à la victime.

En l'espèce, la Cour doit examiner la demande de réparations du requérant Alex Thomas suite à l'arrêt du 20 novembre 2015. La Cour y a constaté la violation des articles 1 et 7, paragraphes 1(a), (c) et (d) de la Charte et de l'article 14, paragraphe 3 (d) du PIDCP, relatifs au droit à un procès équitable. Elle a rejeté la demande de remise en liberté du requérant et ordonné à l'Etat défendeur de prendre toutes les mesures nécessaires dans un délai raisonnable pour remédier aux violations constatées.

Les mesures de réparation demandées par le requérant sont d'ordre pécuniaires et non-pécuniaires et couvrent tant le préjudice matériel que le préjudice moral subi par lui-même et les victimes indirectes. La Cour a rappelé et appliqué tout au long de l'examen des demandes de réparation, les principes et règles qu'elle a définis dans sa jurisprudence en s'inspirant du droit international.

Dans sa jurisprudence antérieure, en l'occurrence les affaires *Zongo* (Cour ADHP, *Ayants droit de feus Norbert Zongo et autres c. Burkina Faso*, arrêt sur les réparations du 5 juin 2015, req. n° 013/2011) et *Mtikila* (Cour ADHP, *Rev. Christopher Mtikila c. République Unie de Tanzanie*, arrêt sur les réparations du 13 juin 2014, req. n° 011/2011), la Cour a affirmé la nécessité du lien de causalité entre la violation constatée et le préjudice allégué, et mis la charge de la preuve du préjudice subi sur la victime. En l'espèce, le requérant demande une compensation financière pour le préjudice matériel subi pour la perte de revenus et la perte de son projet de vie résultant de son incarcération. Faute de lien de causalité entre la violation et les préjudices allégués, et faute de justification des montants demandés, la Cour a rejeté la demande de réparation pour préjudice matériel. S'agissant du préjudice moral, qui n'a pas besoin d'être prouvé, la Cour reconnaît que la violation du droit à un procès équitable est en elle-même source d'un préjudice moral qui doit être réparé. La Cour choisit une évaluation forfaitaire pour fixer le montant de la juste compensation à verser au requérant.

La Cour confirme ici sa jurisprudence *Zongo* relative à la réparation due aux victimes indirectes qui sont les plus proches parents de la victime et qui sont déterminées au cas par cas. Il s'agit souvent du conjoint, des enfants et des père et mère. La Cour semble réduire la liste des victimes indirectes à indemniser à l'épouse, au fils et à la mère du requérant et exclut les frères et sœurs (§ 50). Les victimes indirectes ainsi définies doivent produire tous justificatifs établissant leur lien de parenté avec la victime directe, faute de quoi le préjudice moral ne serait pas avéré. Ce fut le cas de l'épouse du requérant qui s'est remariée au cours de la procédure nationale et du fils avec lequel le requérant a perdu tout contact (§§ 52-53), dont les demandes de réparations ont été rejetées. La Cour semble finalement prendre en considération la demande de réparations en faveur des sœurs et du frère du demandeur (§ 58), élargissant ainsi la qualité de victime indirecte aux frères et sœurs aux conditions ci-dessus. Elle reconnaît le préjudice moral subi par la mère et les sœurs et frère du requérant et octroie à chacun une juste compensation.

S'agissant des réparations non pécuniaires, le requérant a légitimement demandé sa remise en liberté, ayant été incarcéré à la suite d'une procédure judiciaire jugée inéquitable. Cette remise en liberté aurait dû être prononcée dans l'arrêt sur le fond du 20 novembre 2015 comme conséquence de la violation constatée (Cour ADHP,

Alex Thomas c. République Unie de Tanzanie, arrêt sur le fond du 20 novembre 2015, req. n°005/2013, opinion dissidente des juges Thompson et Ben Achour). La condamnation pour violation du droit à un procès équitable suivie du rejet de la demande de remise en liberté est aussi courante dans la jurisprudence de la Cour de Justice de la Communauté Economique des Etats de l'Afrique de l'Ouest (CJCEDEAO, *Gnassingbe Kpatcha et autres c. la République Togolaise*, 3 juillet 2013, ECW/CCJ/JUD/06/13 ; CJCEDEAO, *Messieurs Khalifa Ababacar Sall et autres c. Etat du Sénégal*, 29 juin 2018, ECW/CCJ/JUD/17/18), donnant lieu à de vives critiques de l'office des juges communautaires. En l'espèce, la demande de remise en liberté au titre des réparations non-pécuniaires est sans objet, le requérant ayant purgé sa peine.

La Cour a rejeté la demande de garanties de non-répétition formulée par le requérant au motif qu'elles ne sont pas nécessaires en l'espèce. En effet, le but des garanties de non-répétition est de prévenir les violations futures en visant les causes sous-jacentes des violations lorsqu'elles sont structurelles et systémiques, mais également dans les cas individuels, de garantir que la violation cesse et ne se reproduise plus (Cour ADHP, *Armand Guehi c. République Unie de Tanzanie*, arrêt sur le fond et réparations du 7 décembre 2018, req. n°001/2015, § 191). La Cour a donc estimé que la violation dont a été victime le requérant Alex Thomas n'est pas structurelle, qu'elle a cessé, et que l'Etat défendeur a initié une modification de son droit interne pour la non-répétition des violations subies. Les mesures de non-répétition sont ordonnées par Cour si celle-ci les estime nécessaires au regard des circonstances de l'affaire. L'ordonnance de rapport sur la mise en œuvre est selon les termes de la Cour, consubstantielle à ses arrêts. Il n'en est pas toujours ainsi de l'ordonnance de publication de l'arrêt, au titre des mesures de satisfaction que la Cour apprécie au cas par cas.

La Cour ADHP a affiné, en l'espèce, sa jurisprudence en matière de réparation. Elle se positionne contre une éventuelle « mercantilisation » de ce contentieux (voir J.-F. FLAUSS, « Réquisitoire contre la mercantilisation excessive du contentieux de la réparation devant la Cour européenne des droits de l'homme. A propos de l'arrêt *Beyeler c. Italie* du 28 mai 2002 », *Rec. Dalloz*, 2003, p. 227), avec une application stricte du droit de la responsabilité pour fait internationalement illicite et une conception objective de la réparation orientée vers la restauration de la légalité conventionnelle. Cela se traduit dans le revirement de la Cour relativement à la monnaie dans laquelle les dommages-intérêts devaient être accordés. Contrairement à l'arrêt *Armand Guehi* où la Cour a versé les compensations en dollars américains à la demande du requérant, les juges africains ont accordé ici les réparations en shillings tanzaniens bien que la demande du requérant a été effectuée en dollars américains, la Cour précisant justement que les compensations devraient être accordées dans la mesure du possible dans la monnaie dans laquelle la perte a été subie.

MURIEL SOGNIGBÉ SANGBANA

B. DROIT DES INVESTISSEMENTS

TRIBUNAL ARBITRAL CIRDI

Sentence du 31 juillet 2019, *SolEs Badajoz c. Espagne* (ARB/15/38)

⋮ Traité sur la Charte de l'énergie – différend intra-UE – attentes légitimes ⋮

L'arrêt *Achmea* rendu par la Cour de justice de l'Union européenne est toujours davantage mobilisé par les Etats européens défendeurs devant les tribunaux arbitraux d'investissement dans le but de voir ceux-ci décliner leur compétence pour entendre des différends intra-européens. L'exercice est répétitif et marque la persistance de l'opposition entre la Cour de justice qui se fonde sur le seul droit de l'Union et les tribunaux arbitraux qui, sur le fondement du droit international, affirment constamment que le caractère intra-européen du différend n'entraîne par leur incompétence. Le nombre de décisions rendues en ce sens est considérable (pour les derniers mois : *Rockhopper Italia S.p.A., Rockhopper Mediterranean Ltd, and Rockhopper Exploration Plc c. Italie*, ICSID/ARB/17/14, décision relative à l'objection à la compétence juridictionnelle intra-UE, 26 juin 2019 ; *United Utilities (Tallinn) B.V. et Aktiaselts Tallinna Vesi c. Estonie*, ICSID/ARB/14/24, sentence, 21 juin 2019 ; *NextEra Energy Global Holdings B.V., NextEra Energy Spain Holdings B.V. c. Espagne*, ICSID/ARB/14/11, sentence, 31 mai 2019 ; *9REN Holding SÁRL c. Espagne*, ICSID/ARB/15/15, sentence, 31 mai 2019 ; *Voltaic Network GmbH (Allemagne) c. République tchèque*, PCA n° 2014-20, sentence, 15 mai 2019 ; *WA Investments-Europa Nova Limited (Chypre) c. République Tchèque*, PCA n° 2014-19, sentence, 15 mai 2019 ; *Photovoltaic Knopf Betriebs GmbH (Allemagne) c. République Tchèque*, PCA n° 2014-21, sentence, 15 mai 2019 ; *I.C.W Investments Limited (Royaume-Uni) c. République tchèque*, PCA n° 2014-22, sentence, 15 mai 2019 ; *Landesbank Baden-Württemberg et autres c. Espagne*, ICSID/ARB/15/45, décision sur les objections à la compétence juridictionnelle intra-UE, 25 février 2019 ; *CEF Energia B.V. c. Italie*, SCC V2015/158, sentence, 16 janvier 2019).

Nous pouvons évoquer ici – à titre d'exemple, dans la mesure où les décisions suivent toutes, peu ou prou, la même trame – la sentence du 31 juillet 2019 rendue à l'occasion du différend opposant la société allemande SolEs Badajoz à l'Espagne sur le fondement du traité sur la Charte de l'énergie (TCE).

Les deux parties sont en désaccord sur le fait savoir si le droit de l'Union européenne peut être considéré comme relevant des règles et principes de droit international applicables sur le fondement de l'article 26 du traité sur la Charte de l'énergie (§ 156). Le tribunal souligne qu'il n'est pas nécessaire de trancher une telle question dans la mesure où la référence aux règles et principes de droit international est faite au titre du droit applicable au fond d'un différend et non à la question de la détermination de la compétence du tribunal arbitral qui est ici, au cœur de l'opposition entre les parties (§ 157). En outre souligne le tribunal, si le droit de l'Union européenne était applicable, ce ne serait que dans la mesure où il serait plus protecteur de l'investisseur, ce qui ne semble pas établi (§ 165). Dès lors, « *EU law is not part of the law applicable to the case* » (§ 167).

On sait que les Etats européens défendeurs dans des différends les opposant à des investisseurs européens sur le fondement du traité sur la Charte de l'énergie prétendent que le consentement à l'arbitrage exprimé dans l'article 26 du TCE n'étendrait pas ses effets aux investisseurs originaires d'un autre Etat membre de l'Union. Le tribunal examine cette thèse de l'exception implicite, notion dont il souligne le caractère très exceptionnel (§ 227). Or, à la suite d'une étude fine du texte et du contexte de l'article 26 TCE, le tribunal affirme qu'il n'est pas possible de considérer qu'une telle exception serait si évidente qu'il ne serait pas nécessaire de l'exprimer formellement dans le traité (§ 234).

Il appartient évidemment au tribunal d'examiner la question des effets de l'arrêt *Achmea* (ou de la solution *Achmea*) sur sa propre compétence. Le raisonnement est présenté de manière particulièrement claire. Le tribunal indique que celui-ci se construit en trois temps (§ 241). L'article 26 TCE et l'article 344 TFUE (exclusivité de la compétence de la Cour de justice pour les différends relatifs à l'application ou à l'interprétation du droit de l'UE) portent-ils sur la même matière ? Si c'est le cas, y a-t-il une incohérence entre les deux traités ? Si c'est le cas, quel traité prévaut ? Le tribunal indique adopter une attitude prudente en partant de l'hypothèse selon laquelle les articles 26 TCE et 344 TFUE porteraient sur la même matière. Il est alors aisé de constater qu'existe une contradiction entre les deux énoncés conventionnels. La question principale est donc de déterminer laquelle prévaut (§ 245). La question est explicitement réglée à l'article 16 TCE. Celui-ci prévoit que les accords qui pourraient être conclus entre plusieurs parties au TCE, qu'ils soient antérieurs ou postérieurs au TCE, ne prévalent sur le TCE qu'à la condition d'être plus favorables à l'investisseur que les parties III et V du TCE portant respectivement sur la promotion et la protection des investissements et sur le règlement des différends. Sur ce fondement, le tribunal rappelle qu'il n'est pas un organe de l'Union et que l'article 16 TCE le conduit à appliquer pleinement l'article 26 TCE aux relations entre l'investisseur allemand et l'Espagne (§ 250).

Le tribunal ne peut en revanche reconnaître sa compétence pour examiner certaines des mesures contestées dont la nature fiscale est établie (§ 277).

La sentence comporte également d'intéressants développements sur la reconnaissance des attentes légitimes de l'investisseur. Il est indiqué que « *a formal due diligence process is not a precondition to successful claim of legitimate expectations* » (§ 331), mais il est évident que l'investisseur ne saurait se fonder sur les lacunes de ses connaissances de l'environnement juridique de son opération pour soutenir sa prétention. Le tribunal estime, à l'issue d'un examen minutieux que le régime applicable à l'investissement a changé de manière soudaine et inattendue sur des éléments essentiels, que l'investisseur ne pouvait anticiper (§ 462). La responsabilité de l'Espagne est ainsi engagée à l'égard de l'investisseur allemand pour frustration de ses attentes légitimes.

JULIEN CAZALA

TRIBUNAL ARBITRAL CIRDISentence du 6 août 2019, *Lao Holdings N.V. c. Laos* (ARB(AF)/12/6)

Allégations de corruption

Longtemps peu présentes dans l'arbitrage d'investissement, les questions liées à la corruption sont aujourd'hui particulièrement développées (E. GAILLARD, « La corruption saisie par les arbitres du commerce international », *Revue de l'arbitrage*, 2017, pp. 805-838). Les tribunaux arbitraux d'investissement seraient désormais « *rightly sensitive to allegations of corruption* » (*Lao Holdings*, § 96). Il est largement admis que les conditions légales dans lesquelles un investissement a été réalisé ne sont pas neutres dans la manière dont un différend pourra être examiné par un tribunal arbitral. Le tribunal CIRDI constitué dans l'affaire *Glencore c. Colombie* souligne que lorsqu'il y a *prima facie* des raisons de soupçonner des malversations, un tribunal arbitral international a le devoir d'enquêter sur les faits, même à son initiative (*Glencore International A.G. et C.I. Prodeco S.A. c. Colombie*, ICSID/ARB/16/6, sentence, 27 août 2019, § 664). La période récente en offre une éclatante démonstration (outre la sentence rapportée et l'affaire *Glencore c. Colombie*, on pourra voir *Sanum Investments Limited c. Laos*, PCA n° 2013-13, sentence, 6 août 2019 ; *Niko Resources (Bangladesh) Ltd. c. Bangladesh Petroleum Exploration & Production Company Limited ('Bapex')* et *Bangladesh Oil Gas and Mineral Corporation ('Petrobangla')*, ICSID/ARB/10/11 – ICSID/ARB/10/18, décision sur la prétention de corruption, 25 février 2019).

Un tribunal arbitral ne disposant pas de pouvoirs d'investigation aussi étendus qu'un tribunal et une administration étatiques, les éléments présentés par les parties sont bien souvent les seuls à la disposition de celui-ci. Lorsque des enquêtes approfondies sur les allégations de corruption ont pu être diligentées dans des ordres juridiques nationaux, le tribunal arbitral pourra évidemment mobiliser des éléments beaucoup plus développés (*Niko Resources*, §§ 809 et 963).

L'affaire *Lao Holdings c. Laos* permet de rendre compte des principales difficultés que soulèvent des accusations de corruption dans le cadre d'une procédure arbitrale de règlement d'un différend investisseur-Etat. Les demandeurs ont investi au Laos dans le secteur des casinos et machines à sous et face aux mesures préjudiciables prises par les autorités locales, décident de saisir le CIRDI d'une requête arbitrale. Or, le Laos estime que la corruption aurait été utilisée pour bénéficier d'un régime fiscal favorable (puis son extension), obtenir une licence d'exploitation pour plusieurs établissements, faire cesser un audit commandité par les autorités et faire pression sur un concurrent. Il estime que la corruption dans la constitution de l'investissement entraînerait des conséquences sur la compétence du tribunal, tandis que la corruption dans la gestion de l'investissement aurait des conséquences sur le traitement de la requête au fond (*Lao Holdings*, § 99). S'il n'appartient pas au tribunal de juger les pratiques du régime en place, il lui est évidemment impossible de faire totalement abstraction de l'environnement dans lequel l'investissement a été constitué (*Niko Resources*, § 1455).

Les parties reconnaissent que la charge de la preuve pèse sur le défendeur, mais sont en désaccord sur le standard de preuve qui doit être « *clear and convincing* » selon le demandeur et une simple « *balance of probabilities* » selon le défendeur (*Lao Holdings*, § 96 ; *Niko Resources*, § 799). Le tribunal souligne la constante difficulté de preuve des pratiques corruptives, donc si l'on veut combattre celles-ci, il est nécessaire de s'appuyer sur des déductions tirées de preuves indirectes. Il convient également d'accepter qu'il existe des *red flags*, c'est-à-dire des faits qui devraient alarmer les parties sur les risques de pratiques irrégulières (*Lao Holdings*, § 107 ; *Glencore*, § 723). Auraient une telle qualité le versement d'une somme disproportionnée au service rendu ou à rendre, ou l'incompétence technique de la personne devant servir la prestation (*Niko Resources*, §§ 793 et 1477). Le tribunal *Lao Holdings* adopte une approche très pragmatique en considérant qu'il n'est pas nécessaire d'avoir des « *clear and convincing evidences* » sur chacun des points allégués, mais les preuves rassemblées qui auraient cette qualité devraient pointer clairement vers des pratiques de corruption (*Lao Holdings*, § 110 ; *Niko Resources*, § 806). Le fait que les autorités de Vientiane n'aient ouvert aucune poursuite pour faits de corruption active ou passive contre les demandeurs ou des officiels laotiens est souligné (*Lao Holdings*, § 112 ; *Glencore*, § 738). Cela affaiblit nécessairement la crédibilité des allégations du défendeur. Si certains faits de corruption apparaissent probables (pour faire cesser un audit des activités des demandeurs ou pour empêcher le témoignage devant le tribunal arbitral d'une intermédiaire clé dans le montage et la gestion de l'investissement), ceux-ci n'atteignent pas le seuil de « *clear and convincing evidence* » (*Lao Holdings*, § 139). Si la corruption n'est pas prouvée, la probabilité d'une pratique corruptive doit être prise en compte par le tribunal dans l'examen de la bonne foi de l'investisseur et de la légitimité de ses attentes (*Lao Holdings*, § 162). Or, il ne fait, selon le tribunal, aucun doute que les demandeurs ont fait preuve de mauvaise foi manifeste en tentant de manipuler le gouvernement pour faire avancer leur projet et en interférant avec la procédure arbitrale (*Lao Holdings*, § 239).

Ainsi, faute de preuve suffisante, l'existence de pratiques corruptives n'est pas l'élément sur lequel se fonde le tribunal pour rejeter les demandes (*Lao Holdings*, § 293 : les faits allégués par les demandeurs ne sont pas établis), mais il est hautement probable que la caractérisation de la mauvaise foi des demandeurs a joué un rôle significatif dans la manière dont le tribunal a appréhendé la requête.

JULIEN CAZALA

COUR PERMANENTE D'ARBITRAGE

Sentence finale du 3 septembre 2019, *Michael Ballantine & Lisa Ballantine c. République dominicaine* (n° 2016-17)

.....
Nationalité effective et dominante
.....

Le différend opposant les époux Ballantine, binationaux américains et dominicains, à la République dominicaine porte sur un projet de complexe immobilier de luxe initié en 2003 dans un espace qui a été classé parc national en aout 2009. L'intérêt essentiel de la sentence tient dans la détermination de la nationalité effective et dominante des demandeurs. Le défendeur estime en effet que

le tribunal ne serait pas compétent du fait de la nationalité dominicaine des demandeurs qui, nés américains, ont à leur demande acquis la nationalité dominicaine en décembre 2009. Il convient de rechercher quelle nationalité est effective et dominante dans la mesure où l'article 10.28 du traité de libre-échange République Dominicaine – Amérique centrale (DR-CAFTA) auquel sont parties les Etats-Unis et la République dominicaine prévoit que « *a natural person who is a dual national shall be deemed to be exclusively a national of the State of his or her dominant and effective nationality* ».

Il convient pour le tribunal de répondre à deux questions, classiques dans de telles circonstances. A quelle date doit-on évaluer la nationalité effective et dominante et selon quels critères doit-on procéder à cette évaluation ?

On se souvient que la question de la date à laquelle doit être identifiée la nationalité des investisseurs a donné lieu à une décision de la Cour d'appel de Paris venant jeter un trouble sur une solution qui semblait bien établie. Saisie d'une demande d'annulation d'une sentence rendue dans un contentieux opposant des binationaux hispano-vénézuéliens au Venezuela, la juridiction française avait considéré que la nationalité étrangère (ici espagnole) devait être établie à la date de constitution de l'investissement (CA Paris, pôle 1, 1^{ère} ch., 25 avril 2017, *République bolivarienne du Venezuela c. Monsieur Serafin García Armas et Mme Karina García Gruber*, RG n° 15/01040, voir « Chronique de jurisprudence française en matière de droit internationale public », *Revue*, 2017-3, pp. 933-944, nos obs.). Dans le cadre de l'affaire *Ballantine*, les demandeurs prétendent qu'il convient uniquement de se référer à leur nationalité à la date de la constitution de l'investissement tandis que le défendeur affirme qu'il convient de se référer à la nationalité des demandeurs à la date des faits litigieux et à la date du dépôt de la requête arbitrale (§ 516). Sans surprise, le tribunal retient la thèse défendue par la République dominicaine (§ 525). Si à la date des faits litigieux et/ou du dépôt de la requête arbitrale, les demandeurs avaient (au moins) deux nationalités dont celle de l'Etat défendeur, il convient de déterminer, conformément à l'article 10.28 du DR-CAFTA celle de leurs nationalités qui est effective et dominante. La nationalité effective et dominante à la date de la constitution de l'investissement est sans pertinence (§ 527), même si on va le voir, le tribunal défend une analyse du caractère effectif et dominant de la nationalité qui ne met pas totalement à l'écart la date de constitution de l'investissement.

Le caractère effectif de la nationalité américaine des demandeurs n'est pas remis en cause par le défendeur qui affirme que leur nationalité dominicaine est tout autant effective (§ 536). Les parties sont en revanche en désaccord sur les critères dont il convient de tenir compte pour identifier la nationalité effective et dominante. La notion de nationalité dominante renvoie aux notions de force et de prévalence sur une autre nationalité et l'on sait, que des facteurs variés peuvent être pris en compte : le temps passé dans le pays considéré, les attaches familiales et personnelles, la langue, les études, le travail, les attaches économiques ou financières, *etc.* (§ 538). De nombreuses références sont évidemment faites à l'arrêt *Nottebohm* rendu par la Cour internationale de Justice en 1955, mais le tribunal souligne pertinemment que l'analogie entre l'exercice de la protection diplomatique et une procédure arbitrale ne relève pas de l'évidence, et surtout que la CIJ avait utilisé la notion de nationalité « réelle et effective » et non de nationalité « effective et dominante » (§ 545).

Le tribunal défend l'idée, que dans le contexte de l'article 10.28 du DR-CAFTA, l'investissement et le statut de l'investisseur sont des éléments dont il convient de tenir compte dans l'évaluation de la nationalité effective et dominante. Derrière une formule qui pourrait paraître insignifiante, le tribunal prend une option, non partagée par l'arbitre dissidente Cheek, qui produit des effets importants sur le traitement de la demande des investisseurs. Il s'agit pour le tribunal d'affirmer que « *a claimant's entire life is relevant but not dispositive when assessing whether nationality is dominant and effective* » (§ 555). Les critères pertinents pour identifier la nationalité dominante sont classiques. Il s'agit d'examiner la résidence habituelle des demandeurs pour laquelle le tribunal estime qu'elle est en République dominicaine malgré une présence importante sur le territoire des Etats-Unis durant la période pertinente d'examen (§ 566). Le deuxième critère serait l'attachement personnel à l'un ou l'autre des Etats. Cela paraît bien difficile à établir et l'on ne sera pas surpris de voir le tribunal conclure que l'attachement personnel des demandeurs aux Etats-Unis et à la République dominicaine est équivalent (§ 573). Il est plus aisé d'apprécier objectivement le centre de la vie économique, sociale et familiale des demandeurs. Le tribunal conclut que malgré l'origine américaine des fonds ayant été investis ainsi que la persistance de nombreux liens avec les Etats-Unis, le centre de la vie économique, sociale et familiale des demandeurs se situe en République dominicaine (§ 577). Le tribunal est plus convaincant lorsqu'il examine les circonstances dans lesquelles la nationalité dominicaine a été acquise. Il souligne que les demandeurs reconnaissent avoir acquis la nationalité dominicaine pour protéger leur investissement. Il est dès lors difficile de percevoir comment ils pourraient invoquer leur nationalité américaine pour bénéficier de l'application d'un traité destiné à protéger les investissements étrangers en République dominicaine. Enfin, le tribunal examine comment les demandeurs se présentent eux-mêmes. Le traitement est ici inégalement convaincant. Le tribunal souligne que les demandeurs sont systématiquement rentrés sur le territoire dominicain avec leur passeport dominicain, alors même qu'ils entraient aux Etats-Unis avec un passeport américain. Il apparaît curieux de tirer une quelconque conséquence d'un tel comportement qui ne vise qu'à assurer une facilité de passage de la douane et ne saurait être un indice de la nationalité à laquelle les demandeurs se sentent attachés. Plus pertinent est le fait que les demandeurs aient, après l'acquisition de la nationalité dominicaine, décidé de se placer dans le champ d'application de la loi dominicaine sur les investissements nationaux (et non plus étrangers) (§ 596).

A l'issue de cet examen le tribunal conclut à son défaut de juridiction dans la mesure où la nationalité effective et dominante des demandeurs à la date des faits litigieux et du dépôt de la requête arbitrale serait dominicaine. On lira avec intérêt l'opinion partiellement dissidente de l'arbitre (nommé par les demandeurs) Cheek qui conteste le choix de la majorité du tribunal de ne rechercher la nationalité effective et dominante que sur une brève période de la vie des demandeurs. Si elle reconnaît qu'il convient d'établir la nationalité effective et dominante aux deux dates critiques (faits / requête), la totalité de la vie des demandeurs devrait être pertinente pour conduire une telle analyse.

JULIEN CAZALA

III. CONTENTIEUX NON-ÉTATIQUE

A. DROIT PÉNAL INTERNATIONAL

COUR PÉNALE INTERNATIONALE

Judgement du 8 juillet 2019 (Trial Chamber IV), *Situation in the Democratic Republic of the Congo in the case of the Prosecutor v. Bosco Ntaganda* (ICC-01/04-02/06)

CPI – responsabilité – crimes de guerre – crimes contre l’humanité – crimes sexuels – enfants soldats – persécutions – République démocratique du Congo

Le jugement rendu le 8 juillet 2019 par la CPI dans l’affaire *Bosco Ntaganda* reconnaît la responsabilité de celui qui était surnommé *Terminator*, pour 18 chefs de crimes de guerre (meurtres et tentatives de meurtre, attaque intentionnelle dirigée contre des civils, viol, esclavage sexuel, pillage, fait d’ordonner le déplacement de la population civile, fait de procéder à la conscription et à l’enrôlement d’enfants de moins de 15 ans dans un groupe armé et de les faire participer activement à des hostilités, fait de diriger intentionnellement des attaques contre des biens protégés, destruction de biens de l’ennemi) et crimes contre l’humanité (meurtres et tentatives de meurtre, viol, esclavage sexuel, persécution, transfert forcé et déportation), commis en République Démocratique du Congo (RDC), dans le contexte du conflit armé en Iturie en 2002 et 2003 (§ 1199). Il s’agit là d’un record pour la CPI, alors même que la Chambre a précisé qu’elle n’avait pas été en mesure de se prononcer sur un certain nombre d’allégations, faute d’éléments de preuve suffisants de la part de l’Accusation (§ 1201).

Si les juges reviennent longuement sur l’évaluation des éléments de preuve présentés (§§ 44-284) – particulièrement sur la crédibilité des différents témoignages reçus (dont celui de l’accusé (§§ 256-262)) et la part que ceux-ci ont pris dans le jugement rendu (§§ 77-284) –, ainsi que sur l’établissement des faits (§§ 285-658), un des intérêts majeurs de cette décision réside sans doute dans la confirmation de l’interprétation de la Chambre de première instance VI concernant les crimes sexuels dont était accusé Bosco Ntaganda (voir CPI, *Second decision on the Defence’s challenge to the jurisdiction of the Court in respect of Counts 6 and 9* du 4 janvier 2017 (Trial Chamber VI/ Chambre de première instance VI), *Situation in the Democratic Republic of the Congo in the Case of the Prosecutor v. Bosco Ntaganda* (ICC-01/04-02/06), cette Chronique, *Revue*, 2017-2, nos obs., pp. 515-516) : la Chambre de première instance IV reconnaît ici en effet la responsabilité de l’ancien chef de guerre congolais pour viol et esclavage sexuel commis par les soldats sous ses ordres, y compris – ce qui est une première – à l’encontre des membres de son propre camp (l’Union des patriotes congolais (UPC) et sa branche militaire, les Forces patriotiques pour la libération du Congo (FPLC)), dont des enfants soldats (§§ 1196-1198).

C’est aussi la première fois que la CPI condamne un individu pour persécutions (contre les peuples lendu et ngiti principalement), un crime pour lequel Bosco Ntaganda est reconnu coupable en tant qu’auteur direct (§ 752). A ce titre, concernant la question des modes de participation à l’infraction, on relèvera enfin que la Chambre retient une approche large des notions d’auteur et surtout de co-

auteur de l'infraction, comme l'article 25 paragraphe 3 a) du Statut de la Cour l'y incite dans une certaine mesure. Elle estime en effet que les crimes commis par les soldats de l'UPC/FPLC et, dans certains cas, des civils hema doivent être imputés à Bosco Ntaganda, ainsi qu'à Thomas Lubanga et Floribert Kisembo, comme s'il s'agissait de leurs propres actes (§§ 819 et 824). La position de « *highest authority* » de ces trois coauteurs au sein de l'organisation de l'UPC/FPLC (§ 814) leur permettait d'exercer un contrôle sur les soldats de l'UPC/FPLC et, à travers ceux-ci, sur des civils hema – la Chambre qualifiant les uns comme les autres « (...) *as a tool in the hands of the co-perpetrators* (...) » (§§ 818 et 824) – et, par leur intermédiaire, de commettre les crimes reprochés (§ 825).

Dès lors, concernant Bosco Ntaganda plus particulièrement, les juges l'ont considéré auteur direct pour une partie des charges s'agissant de trois crimes (ceux qu'il a pu commettre directement, à savoir le meurtre en tant que crime contre l'humanité et en tant que crime de guerre, ainsi que la persécution) et co-auteur indirect pour le reste des accusations retenues (c'est-à-dire pour les crimes commis par les soldats de l'UPC/FPLC et des civils hema sous son contrôle) (§ 1199 et dispositif).

La CPI semble ici aller plus loin que le TPIY n'avait pu le faire dans l'affaire *Karadzic* (voir TPIY, jugement du 24 mars 2016, *Le Procureur c. Radovan Karadžić* (IT-95-5/18-T), cette Chronique, *Revue*, 2016-3, nos obs., pp. 684-686) en reconnaissant Bosco Ntaganda comme auteur principal et en lui attribuant, outre ses propres actes, ceux de ses subordonnés ou des personnes contrôlées. Certes, le comportement de l'ancien chef de guerre congolais et son « implication » sur le terrain ont pu faciliter le travail de la Cour ici (voir, par exemple, §§ 847-857). Cette approche large n'en soulève pas moins certaines questions, notamment au regard de la responsabilité du supérieur hiérarchique qui semble se fondre dans la notion de co-auteur indirect – les deux faisant référence à la notion de contrôle sur l'auteur matériel du crime – sans que la Chambre n'apporte plus de précision.

Même si cette condamnation a été accueillie avec une certaine satisfaction (notamment par les victimes), nombreux sont ceux qui regrettent cependant le fait que ce jugement ne concerne qu'une petite portion de la carrière militaire de Bosco Ntaganda (alors qu'il a fait partie de différents groupes armés très actifs au cours des 25 ans de conflits auxquels il a participé dans la région des Grands Lacs) et, plus largement, une approche de la Cour trop restreinte des crimes commis en RDC. La prudence est par ailleurs de mise car, outre les questions de la peine et des réparations dues aux victimes (alors que Bosco Ntaganda est provisoirement considéré comme indigent en attendant les résultats de l'enquête sur ses avoirs) encore en suspens, le jugement de la Chambre fait l'objet d'un appel de la part de l'accusé, ainsi que du Procureur. Pour ce dernier, cette condamnation apparaît cependant comme une victoire après une série d'échecs (dont les libérations du Congolais Jean-Pierre Bemba et des Ivoiriens Charles Blé Goudé et Laurent Gbagbo) malgré un contexte diplomatique pas forcément favorable : Ntaganda ayant eu un parcours militaire riche et diversifié, il a été l'allié ou soutenu par de nombreux chefs d'Etat de la région des Grands Lacs qui, au sein de l'Union africaine, s'opposent à la CPI et qui ne vont pas se sentir rassurés par ce jugement.

RÉMY PROUVÈZE

COUR PÉNALE INTERNATIONALE

Judgment on the appeals against Trial Chamber II's 'Decision Setting the Size of the Reparations Award for which Thomas Lubanga Dyilo is Liable' du 18 juillet 2019 (Appeal Chamber), *Situation in the Democratic Republic of the Congo in the case of the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo* (ICC-01/04-01/06 A7 A8)

CPI – procédure – victimes – réparations – République démocratique du Congo

Dans une affaire proche de la précédente (Thomas Lubanga et Bosco Ntaganda étant considérés par la Cour comme co-auteurs d'un certain nombre de crimes), les juges de la CPI ont rendu une décision le 18 juillet dernier à la suite des appels formés par l'accusé et un groupe de victimes (V01) contre la Décision fixant le montant des réparations auxquelles Thomas Lubanga Dyilo est tenu du 15 décembre 2017 (qui a fait l'objet d'un rectificatif du 21 décembre 2017 : ICC-01/04-01/06-3379-Red-Corr). Par cette décision, la Chambre de première instance II avait condamné Thomas Lubanga à 10 millions de dollars des Etats-Unis au titre des réparations dues à 425 victimes (directes et indirectes) admises par la Cour, ainsi qu'aux « (...) autres victimes qui pourraient être identifiées » (Rectificatif de la « Décision fixant le montant des réparations auxquelles Thomas Lubanga Dyilo est tenu », Dispositif ; voir également *ibid.*, §§ 36, 190-191, 244, 280, 292-297).

A l'unanimité, la Chambre d'appel vient ici confirmer la décision de première instance et, par là même, l'importance des réparations dues par l'accusé (§ 332). Mais, si les juges rejettent les nombreux moyens d'appel soulevés par l'accusé et le groupe de victimes V01, un argument de ce dernier est retenu pour aggraver potentiellement les réparations dues en (r)ouvrant la porte à des victimes qui n'avaient pas été retenues par la Cour précédemment : si la Chambre de première instance avait prévu que, « (...) s'agissant des personnes qui n'ont pas été en mesure de déposer un dossier jusqu'au 31 mars 2017, il convient de préciser que leur éligibilité aux réparations, sera examinée par le Fonds au stade de la mise en œuvre des réparations » (Décision relative à la demande de réexamen du Bureau du conseil public pour les victimes de la Décision du 6 avril 2017, 13 juillet 2017, ICC-01/04-01/06-3338, § 11), les juges d'appel y ajoutent – au nom du principe d'égalité – les victimes n'ayant pas été admises précédemment par les juges du fond à bénéficier de réparations (§§ 162-172). Celles dont les allégations n'ont pas été suffisamment étayées (notamment au moyen de pièces justificatives) en raison d'un manque d'informations sur les conditions d'éligibilité peuvent en effet demander un nouvel examen de leur cas au Fonds au profit des victimes en même temps que celui des autres victimes qui pourraient encore se faire connaître dans le cadre de la mise en œuvre des réparations (§ 332), conformément à ce que prévoyait la Chambre préliminaire dans sa décision du 13 juillet 2017 (*op. cit.*) et dans l'esprit du règlement du Fonds lui-même (CPI, *Règlement du Fonds d'affectation spéciale au profit des victimes*, Résolution ICC-ASP/4/Res.3, 3 décembre 2005, Section II, §§ 60-61).

Cette extension potentielle du cercle des victimes – et non du montant des réparations qui a déjà été fixé par la Chambre de première instance en tenant compte des victimes qui pourraient encore se faire connaître (voir Rectificatif de la « Décision fixant le montant des réparations auxquelles Thomas Lubanga Dyilo est

tenu », Dispositif), et confirmé par les juges d'appel (§§ 104-122 et 171) – n'est pas pour autant un blanc-seing donné au Fonds au profit des victimes dans la détermination des victimes éligibles. Selon les juges d'appel, le Fonds joue un rôle central dans le dépistage des victimes – conformément à la procédure établie par la Chambre de première instance – mais n'émet que des recommandations relatives à l'éligibilité des victimes aux réparations qui doivent être soumises à la Chambre de première instance II et nécessitent son approbation (§§ 163 et 332). Ce faisant, et tout en permettant à un plus large éventail de victimes de (potentiellement) bénéficier des réparations décidées pour les victimes déjà identifiées (et même si cela intervient tardivement au regard de la procédure à laquelle ces victimes non identifiées préalablement n'ont pu participer), la Chambre d'appel maintient le contrôle de la qualification de victime entre les mains des juges du fond.

Reste le problème de l'insolvabilité de Thomas Lubanga qui s'est déclaré indigent, ce qui soulève (encore une fois) la question du financement des réparations versées par le Fonds au profit des victimes et notamment des contributions volontaires (par les Etats, les organisations internationales ou d'autres donateurs, particuliers ou entreprises) qui, malgré des critiques, apparaissent nécessaires dans ce genre de situation en l'absence de ressources alternatives pour le Fonds.

RÉMY PROUVÈZE

COUR PÉNALE INTERNATIONALE

Judgment on the appeal of the Prosecutor against Pre-Trial Chamber I's 'Decision on the "Application for Judicial Review by the Government of the Union of the Comoros"' du 2 septembre 2019 (Appeal Chamber), *Situation on Registered Vessels of the Union of the Comoros, the Hellenic Republic and the Kingdom of Cambodia* (ICC-01/13 OA 2)

CPI – procédure – Procureur – ouverture d'une enquête – contrôle – Chambre préliminaire – Etat des Comores – Israël

La *Situation relative aux navires battant pavillons comorien, grec et cambodgien* (autrement appelée l'affaire de la flottille humanitaire pour Gaza) connaît, avec cette décision de la chambre d'appel de la CPI du 2 septembre dernier, un nouvel épisode après plusieurs « rebondissements » dont certains ont déjà fait l'objet de notules dans de précédentes chroniques (voir, par exemple, CPI, Notice of Prosecutor's Final Decision under Rule 108(3) du 29 novembre 2017 (Pre-Trial Chamber I / Chambre préliminaire I), *Situation on the Registered Vessels of the Union of the Comoros, the Hellenic Republic and the Kingdom of Cambodia* (ICC-01/13), cette Chronique, *Revue*, 2018-1, nos obs., pp. 229-230).

Suite à l'appel formé par le bureau du Procureur contre la décision du 15 novembre 2018 (voir CPI, Decision on the "Application for Judicial Review by the Government of the Union of the Comoros" du 15 novembre 2018 (Pre-Trial Chamber I), *Situation On The Registered Vessels Of The Union Of The Comoros, The Hellenic Republic And The Kingdom Of Cambodia* (ICC-01/13), cette Chronique, *Revue*, 2019-2, nos obs., pp. 538-539), la Cour vient ici confirmer très largement celle-ci. La Chambre d'appel estime en effet, comme la décision attaquée, que ni

l'article 53, paragraphe 3 a) du Statut, ni l'article 108(3) du Règlement n'empêchent une chambre préliminaire de vérifier si une décision du procureur – considérée comme « finale » par celui-ci – constitue en fait une « décision finale » appropriée (§ 59). Les juges justifient cette interprétation par un argument relatif à l'efficacité de la procédure prévue à l'article 53 § 3 a) : si la Chambre préliminaire n'avait pas ce pouvoir – qui découle de son pouvoir statutaire de demander un réexamen (§ 60) –, qu'est-ce qui empêcherait le procureur de tout simplement ne pas tenir compte du fondement de la demande de réexamen de la chambre préliminaire (§ 59) ?

La Chambre d'appel s'inscrit ainsi dans la même ligne que la Chambre préliminaire. Tout au plus encadre-t-elle le champ du contrôle exercé par la Chambre sur la décision du Procureur en restreignant celui-ci à la question de savoir si le procureur a procédé au réexamen conformément à la demande de réexamen de la chambre préliminaire (§ 60). La Chambre d'appel en profite également pour préciser les obligations et la marge de manœuvre du Procureur : celui-ci est en effet tenu par l'interprétation du droit applicable de la Chambre préliminaire et par les instructions de celle-ci pour examiner certains renseignements disponibles ou pour tenir compte de certains éléments relatifs à l'évaluation de la gravité des faits lorsque cette Chambre demande, sur le fondement de l'article 53 paragraphe 3 a), au Procureur de reconsidérer sa décision de ne pas ouvrir une enquête (§ 82). Or, en l'espèce, dans sa décision du 29 novembre 2017 aux yeux de la Chambre d'appel (§ 83), le Procureur n'a pas reconsidéré sa décision conformément à la décision du 16 juillet 2015 – c'est-à-dire la « Decision on the request of the Union of the Comoros to review the Prosecutor's decision not to initiate an investigation », (ICC-01/13, 16 juillet 2015), confirmée par la Chambre d'appel (Decision on the admissibility of the Prosecutor's appeal against the « Decision on the request of the Union of the Comoros to review the Prosecutor's decision not to initiate an investigation », ICC-01/13-51, 6 novembre 2015) – et s'est contenté d'exprimer son désaccord avec le raisonnement ou les conclusions de la Chambre préliminaire (§§ 85-90). En revanche, de l'avis de la Chambre d'appel, le Procureur conserve une certaine marge d'appréciation, notamment concernant les faits soumis à son examen : la chambre préliminaire ne peut pas lui imposer comment les informations mises à sa disposition doivent être analysées, quelles conclusions factuelles il doit tirer, comment appliquer la loi aux informations disponibles, ou quel poids il doit attacher aux différents facteurs au cours d'une évaluation de la gravité des faits (§§ 82, 91-94). Et la Chambre d'appel de reconnaître ainsi la possibilité pour le Procureur d'arriver à la conclusion de ne pas ouvrir une enquête malgré tout, du moment où il a pris en considération les éléments soulevés par la Chambre préliminaire (§ 79).

Rejetant par conséquent les deux moyens soulevés par le Procureur, la Chambre d'appel enjoint au Procureur de reconsidérer, conformément au présent jugement et sur la base de la Décision de 2015, sa décision de ne pas ouvrir une enquête (§ 96). Rendez-vous donc le 2 décembre 2019, jour (prévu par la Chambre d'appel, *ibid.*) qui doit voir le Procureur rendre sa nouvelle décision (enfin vraiment finale ?) d'ouvrir ou non une enquête pour, peut-être, la fin de ce feuilleton judiciaire déjà fleuve alors que la Cour n'a pas encore abordé le fond.

RÉMY PROUVÈZE

B. DROIT INTERNATIONAL DE LA FONCTION PUBLIQUE

TRIBUNAL ADMINISTRATIF DE L'ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL

Jugement 4171 du 3 juillet 2019, *F. (n^{os} 5, 6 et 7) c. UNESCO*

Devoir de sollicitude (*duty of care*)

Apparu dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes à la fin du siècle dernier (voir CJCE, *Kuhner / Commission*, arrêt du 28 mai 1980, aff. 33 et 75/79, *Rec.* p. 1677, § 22) et hérité du droit administratif allemand (*fürsorgepflicht*), le devoir de sollicitude des organisations internationales à l'égard de leurs agents est un principe qui a fait florès ces cinq dernières années devant le Tribunal administratif de l'OIT. Jusqu'à son jugement 4171 prononcé lors de sa dernière session, le Tribunal semblait se garder d'en proposer une définition ou d'en identifier les fondements, mais, suivant une méthode propre aux sciences exactes, le rapprochait ou le distinguait de principes consacrés pour mieux l'apprivoiser. Ainsi, après l'avoir mentionné en 2000 pour en rejeter l'application (jugement 1989), il a clairement indiqué dans plus de 70 jugements que le devoir de sollicitude était « lié » (*concomitant*) à : la bonne foi ; la sécurité juridique ; l'égalité des armes ; l'obligation d'information ; l'obligation de motivation des décisions ; le devoir de protection ; le devoir de respecter la dignité des agents ; ou encore le devoir de ne pas leur causer un tort inutile et excessif. Il a également rappelé que ce devoir ne trouvait pas à s'appliquer quand les organisations se conformaient aux normes en vigueur, mêmes lorsqu'elles étaient moins favorables à leurs agents.

Déplorant l'absence de définition, certains praticiens se référaient aux décisions de rejet du Tribunal ou de la CJCE, pour estimer que le devoir de sollicitude était une simple obligation de moyens, comme la « diligence due » dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice (voir CIJ, affaires du *Détroit de Corfou* et de *l'Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, *CIJ Rec.* 1949, p. 4 et 2007, p. 43 respectivement), et qu'une décision ne contrevenait pas au devoir de sollicitude lorsque l'organisation concernée pouvait démontrer qu'elle avait pris en considération l'ensemble des éléments pertinents, y compris les intérêts de l'agent et de l'organisation concernés. D'autres praticiens estimaient que cette absence de définition permettait d'« ajuster, au fil du temps, selon les besoins, les principes généraux aux nécessités d'une bonne justice, c'est-à-dire une justice adaptée à son temps, comprise et acceptée par tous » (voir L. GERMOND, « L'omniprésence du devoir de sollicitude dans la jurisprudence récente du Tribunal administratif de l'Organisation internationale du Travail », in D. PETROVIC (dir.), *Une contribution de 90 ans du Tribunal administratif de l'Organisation internationale du Travail à la création d'un droit de la fonction publique internationale*, Tribunal administratif de l'OIT, Genève, 2017).

La jurisprudence du Tribunal n'offrant pas de définition du devoir de sollicitude, il était donc difficile de dire s'il était : i) un principe général autonome ; ii) un principe directeur, englobant des principes généraux consacrés ; ou iii) une simple obligation de moyens. Avec son jugement 4171, le Tribunal consacre une nouvelle fois le devoir de sollicitude, mais en définissant ses contours de manière beaucoup

plus affirmée, comme l'avait fait en son temps le jugement 1821 en matière de principes applicables aux ajustements de rémunération (confirmé depuis, notamment dans les jugements 4134 à 4138 de la dernière session). Cette nouvelle consécration intervient dans le cadre d'une affaire, relativement complexe, qui a donné lieu à trois jugements. Les jugements 4169 et 4170 sont relatifs au rejet de réclamations portant sur des évaluations de la qualité des services de la requérante. Le jugement 4171 est relatif au classement sans suite de ses plaintes pour harcèlement moral.

Dans ce dernier jugement, le Tribunal rappelle aux considérants 11 à 13 que le devoir de sollicitude s'impose à toutes les organisations internationales, « les relations entre une organisation internationale et ses agents d[evant] reposer sur la bonne foi, le respect, la transparence et la considération de leur dignité ». Le Tribunal en déduit qu'« il incombe à une organisation d'avoir pour ses agents les égards nécessaires et de leur éviter un préjudice inutile. Elle doit se soucier de leur dignité, ne pas les placer inutilement dans des situations difficiles, ni susciter des déceptions lorsque cela pourrait être évité (...) ». Enfin, « une organisation a le devoir d'assurer aux membres de son personnel un environnement sûr et adéquat. » Appliquant le principe au cas d'espèce, le Tribunal va encore plus loin en rappelant de manière inédite que « le devoir de sollicitude impos[e] à l'Organisation d'assurer aux fonctionnaires un environnement de travail positif et harmonieux, exempt d'intimidation et d'hostilité ». Il ajoute que cette obligation est « encore renforcée par la détérioration de l'état de santé [des fonctionnaires lorsqu'ils fournissent] différents certificats médicaux dont le nombre, la chronologie et la nature des pathologies qui y [sont] relevées [sont] de nature à susciter un doute quant à l'origine professionnelle de [leurs] problèmes de santé. » Elles ne peuvent d'autre part « laisse[r] se prolonger un (...) climat [de travail malsain] sans prendre les mesures suffisantes pour remédier à cette situation, même lorsque l'allégation de harcèlement ne peut être retenue ». Les organisations ne pourraient s'affranchir de cette obligation que si elles apportaient la preuve qu'elles n'étaient pas conscientes du climat de travail malsain auquel un agent était confronté ou qu'elles ont fait tout ce qui était en leur pouvoir pour remédier à la situation.

Le Tribunal conclut ce rappel des principes et obligations découlant du respect du devoir de sollicitude par ces mots : « en l'occurrence, l'Organisation a violé le devoir de sollicitude qui lui incombe. » Ce rappel et cette conclusion semblent accréditer l'idée que le devoir de sollicitude n'est pas un principe autonome, mais bien un principe directeur, englobant, sans les remplacer, nombre des principes généraux consacrés du droit de la fonction publique internationale. S'il ne s'agit pas d'une définition à proprement parler, gageons qu'à l'avenir ce jugement sera souvent invoqué pour démontrer la violation ou le respect du devoir de sollicitude, notamment dans des affaires relatives au harcèlement ou à la reconnaissance de maladies professionnelles psychologiques, sources croissantes, hélas, du contentieux.

RÉMI CÈBE

JURISPRUDENCE ETRANGERE INTERESSANT LE DROIT INTERNATIONAL

Sous la direction de

Raphaële RIVIER

avec les compte-rendus de

Julien CAZALA, Diana CORREA, Daniel DAMÁSIO BORGES, Saïda EL BOUDOUHI, Géraldine GIRAudeau, Maryline GRANGE, Maria GRITSENKO, Hyun Jung KIM, Giuliana MARINO, Esteve MOLTO, Arnaud DE NANTEUIL, Marianna PASCHOU, Romain PIERI, Aline RIVERA MALDONADO, Anne-Marie THÉVENOT-WERNER*

SOMMAIRE

I. Situation interne des engagements internationaux

Colombie. Cour constitutionnelle, décision C-252 du 6 juin 2019 —. Contrôle préalable de constitutionnalité des traités. Constitutionnalité de l'Accord de promotion et de protection des investissements conclu avec la France sous réserve de modifications avant sa ratification	1
Italie. Tribunal de Trapani, 3 juin 2019 —. Inconstitutionnalité des traités. Détermination des engagements conventionnels de l'Etat : nullité internationale d'un traité pour dérogation à une règle de <i>jus cogens</i> (principe de non refoulement en tant qu'il est lié à la prohibition de la torture) ; invalidité de l'engagement à l'égard d'un traité en conséquence de la violation d'une norme constitutionnelle	2
Brésil. Tribunal supérieur électoral, 1 ^{er} septembre 2018 (concernant l'éligibilité de Luis Ignacio Lula da Silva) —. Caractère internationalement contraignant et incorporation interne des recommandations des organes conventionnels onusiens (Comité des droits de l'homme). Dualisme constitutionnel	3
Allemagne. Cour constitutionnelle fédérale, 30 juillet 2019 —. Constitutionnalité de la participation à la mise en place de l'Union bancaire européenne (mécanismes	

* J. CAZALA : professeur à l'Université Paris XIII ; D. CORREA : professeur à l'Université Externado (Colombie) et avocate au barreau de la Colombie ; D. DAMÁSIO BORGES : professeur à l'Université de l'Etat de São Paulo (UNESP) ; S. EL BOUDOUHI : professeur à l'Université de Valenciennes ; G. GIRAudeau : professeur en délégation à l'Université de la Nouvelle-Calédonie ; M. GRANGE : maître de conférences à l'Université de Saint-Etienne ; M. GRITSENKO : *Associate General Counsel – Litigation*, Veon, Amsterdam ; H. J. KIM : professeur associé à l'Université Yonsei (Séoul, Corée) ; G. MARINO : ATER à l'Ecole de droit de la Sorbonne (Université Paris 1 - Iredies) ; E. MOLTO : professeur à l'Université de Valence (Espagne) ; A. DE NANTEUIL : professeur à l'Université Paris XII ; M. PASCHOU : ATER à l'Ecole de droit de la Sorbonne (Université Paris 1 - Iredies) ; R. PIERI : avocat au Barreau de Paris ; A. RIVERA MALDONADO : docteur en droit de l'Université Paris Ouest Nanterre La défense ; A.-M. THÉVENOT-WERNER : maître de conférences à l'Université Paris 2.

de surveillance et de résolution unique). Légitimité démocratique et contrôle des organes européens. Européanisation de l'organisation administrative nationale	4
Etats-Unis. Cour de district du District Est de Virginie, 22 mars 2019, <i>Al Shimari et al. c. CACI Premier Technology, Inc c. United States of America</i> —. Incorporation et applicabilité du droit international coutumier. Statut du <i>jus cogens</i> en droit interne. Droit des individus de ne pas être soumis à des violations du <i>jus cogens</i> . Renonciation de l'Etat à son immunité de juridiction devant le juge national. Communauté internationale. Portée de l' <i>Alien Tort Statute</i>	5
Colombie. Conseil d'Etat, 22 juillet 2019 —. Primauté du droit international sur le droit interne. Imprescriptibilité des crimes contre l'humanité et délais de recours contentieux devant les tribunaux internes. Obligation de veiller au respect des normes de <i>jus cogens</i> dans l'ordre interne	6
Espagne. Tribunal constitutionnel, 20 décembre 2018 —. Place du droit international dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des lois. Interprétation de la Constitution au regard du droit international. Grièfs d'inconstitutionnalité et d'inconventionnalité. Compétence universelle	7
Italie. Cour constitutionnelle, 20 juin 2018, n°120 et 14 novembre 2018, n°194, <i>Francesca Santoro c. Settimo senso s.r.l.</i> —. Place du droit international dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des lois. Invocabilité de la Charte sociale européenne. Portée interne de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Interprétation article 18 de la Convention de Vienne sur le droit des traités et effets de la signature sur le terrain du contrôle de constitutionnalité	8
Italie. Tribunal de Catane, 27 mars 2018 —. Tribunal d'Agrigente, 2 juillet 2019 —. Obligation internationale de l'Etat et obligations des particuliers. Effet et applicabilité directe des traités. Primauté des traités. Sauvetage en mer et recherche d'un « port sûr ». Compétence de l'Etat	9
Allemagne. Cour constitutionnelle fédérale, 7 décembre 2018 —. Notion d'« accord international » au sens de la Constitution par renvoi au droit international, et effet juridique interne. Signature. Pacte mondial pour des migrations sûres, ordonnées et régulières. Pacte mondial pour les réfugiés	10
Grèce. Conseil d'Etat, 14 décembre 2018 —. Accord définitif pour le règlement des différends décrits dans les résolutions 817 (1993) et 845 (1993) du Conseil de sécurité des Nations unies, la résiliation de l'Accord intermédiaire de 1995, et la mise en place d'un partenariat stratégique entre la Grèce et l'Ancienne République yougoslave de Macédoine (Accord dit « de Prespes »). Actes de gouvernement. Effets internes et internationaux de la signature	11
Allemagne. Cour constitutionnelle fédérale, 24 juillet 2018 et 29 janvier 2019 —. Prise en considération d'actes non contraignants d'organes conventionnels afin de déterminer les engagements internationaux de l'Etat. Portée interne de la <i>soft law</i> . Droits fondamentaux des patients. Droit de vote de délinquants placés	12
Royaume-Uni. Cour suprême, 17 octobre 2018, <i>Warner (Respondent) c. Scapa Flow Charters (Appellant) (Scotland)</i> —. Méthodes d'interprétation du droit international et interprétation du droit international par les juridictions internes. Convention d'Athènes de 1974 relative au transport par mer de passagers et de leurs bagages. Distinction des systèmes de <i>civil law</i> et de <i>common law</i>	13
Corée. Cour suprême, 30 octobre 2018, 2013da61381 —. Interprétation des traités. Accord de règlement. Droit à réparation des particuliers contre un Etat étranger et ses ressortissants	14

Italie. Cour de cassation, 14 novembre 2018, *Pietro Palmieri e altri c. Banca popolare di Milano*, n°29354 —. Interprétation de la Convention CIRDI. Recours parallèles devant des tribunaux interne et international 15

Mexique. Troisième Tribunal Collégial, *tesis aisladas* du 25 janvier 2019 —. Droit des peuples autochtones à la consultation préalable. Protection des groupes vulnérables. Droit à l'autodétermination. Préservation de l'environnement. Obligations de l'Etat en vertu de la Convention 169 de l'Organisation internationale du Travail et de la Convention de 1992 sur la biodiversité 16

II. Situation interne des décisions juridictionnelles internationales

Russie. Cour constitutionnelle, décision du 18 juin 2019 N24-II sur la constitutionnalité de certains articles de la Loi fédérale sur les réunions et manifestations —. Prise en considération de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme aux fins de l'interprétation de la Constitution 17

Australie. Cour fédérale, arrêt du 8 août 2019, *Infrastructure Services Luxembourg S.A.R.L c. Espagne*, [2019] FCA 1220 —. Exécution d'une sentence arbitrale (CIRDI) et suspension de ses effets au titre d'un recours en annulation. Incorporation (dualiste) du droit international. Nécessité d'une interprétation harmonieuse des dispositions d'un même traité 18

Allemagne. Cour fédérale, décisions du 31 octobre 2018, *République slovaque c. Achmea BV* (I ZB 2/15), et du 24 janvier 2019 (I ZB 2/15) —. Contentieux de la validité des sentences arbitrales rendues sur le fondement d'un traité d'investissement entre Etats membres de l'Union Européenne. Inapplicabilité en droit allemand de traités contraires au droit de l'UE 19

III. Immunités

Etats-Unis. Cour de district du District Sud de New York (Swain, *district judge*), 6 mars 2019, *Vekuii Rukoro et al. c. République fédérale d'Allemagne* —. Immunité de juridiction de l'Etat étranger. Portée du *Foreign Sovereign Immunities Act*. Exceptions relatives à l'activité commerciale et à l'expropriation. Allemagne. Sud-Ouest Africain 20

Luxembourg. Tribunal d'arrondissement, 10 août 2019 n°142988, *Diag Human S.E. c. République tchèque* —. Immunité de juridiction et d'exécution l'Etat dans le cadre de l'exécution d'une sentence arbitrale. Exigence du caractère non équivoque de la renonciation. Droit international coutumier 21

Ukraine. Cour Suprême, décision du 25 janvier 2019, N796/165/18 —. Renonciation à l'immunité d'exécution de l'Etat devant le juge d'appui dans le cadre de l'exécution d'une sentence arbitrale (CPA). Biens étatiques soumis aux mesures d'exécution 22

Etats-Unis. Cour suprême, 27 février 2019, *Jam c. International Finance Corp.*, n° 17-1011 (586 U.S. [2019]) —. Champ d'application matériel de l'immunité juridictionnelle des organisations internationales (nature des activités litigieuses). Actes de gestion des organisations internationales au sens du droit américain. Caractère « supplétif » de la loi par rapport au traité constitutif 23

IV. Extradition et droit asile

- Nouvelle-Zélande. Cour d'appel, 11 juin 2019, *Kim c. Minister of Justice of New Zealand* —. Suède. Cour suprême, 9 juillet 2019 —. Extradition. Recevabilité des assurances diplomatiques de la République populaire de Chine. Interprétation de la Convention contre la torture, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, et de la Convention européenne des droits de l'homme 24
- Brésil. Cour suprême, ordonnance du 12 décembre 2018 relative à la demande italienne d'extradition de Cesare Battisti —. Actes de gouvernement. Souveraineté « interne » et « externe ». Dualisme constitutionnel 25
- Royaume-Uni. Cour suprême, 30 juillet 2018, *R (on the application of Tag Eldin Ramadan Bashir & others) (Respondents) c. Secretary of State for the Home Department (Appellant)*, [2018] USKC 45 —. Applicabilité de la Convention de Genève sur les bases militaires souveraines britanniques à Chypre. Continuité coloniale. Unité territoriale 26
- Grèce. Conseil d'Etat, 21 août 2018 —. Statut de réfugié. Crainte « avec raison d'être persécuté ». Exclusion du statut de réfugié 27

V. *Varia*

- Belgique. Conseil d'Etat, *Coordination nationale d'action pour la paix et la démocratie et Ligue des droits humains c. Région Wallonne*, 29 juin 2018 et 14 juin 2019 —. Vente internationale d'armes. Comportement de l'Etat acheteur à l'égard de la « communauté internationale » et respect du droit international 28
- Ukraine. Cour d'appel de Kiev, 12 juin 2019, N22-п/824/4131/2019 —. Exécution des sentences arbitrales (arbitrage commercial). Ordre public interne. Qualité d'Etat-agresseur en vertu du droit interne et suspension de l'exécution 29
- Mexique. Cour suprême de Justice de la Nation, *tesis aisladas* du 17 mai 2019 —. Droit à la sécurité sociale des travailleuses domestiques en vertu de la Constitution et du Pacte international sur les droits économiques. Principe d'égalité et non-discrimination. Egalité des sexes 30

I. SITUATION INTERNE DES ENGAGEMENTS INTERNATIONAUX

Régularité interne et modes d'incorporation des engagements internationaux

- COLOMBIE. Cour constitutionnelle, décision C-252 du 6 juin 2019 (LAT-445)¹ —. Contrôle préalable de constitutionnalité des traités. Constitutionnalité de l'Accord de promotion et de protection des investissements conclu avec la France sous réserve de modifications avant sa ratification 1

Dans cette décision, la Cour a examiné la constitutionnalité des dix-huit articles de l'Accord de promotion et de protection réciproque des investissements (APPRI) du 10 juillet 2014 entre la France et la Colombie, et de la loi 1840 du 12 juillet 2017 autorisant son approbation. La Cour a assez brièvement examiné en quoi les

¹ <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/c-252-19.htm>

conditions de forme prévues par la Constitution et la loi de 1992 étaient respectées, a estimé que les objectifs poursuivis par l'Accord étaient conformes aux principes constitutionnels de l'État de droit, d'internationalisation des relations économiques, de développement, bien-être et prospérité économique et sociale, pour se livrer à une analyse détaillée du fond du traité et de la loi autorisant son approbation.

Envisagé dans sa globalité, la Cour a déclaré l'Accord constitutionnel, conforme en particulier à l'article 13 de la Constitution sur l'égalité, « compte tenu du fait qu'aucune des dispositions faisant référence aux droits fondamentaux ne donnera lieu à des traitements plus favorables injustifiés à l'égard des investisseurs étrangers par rapport aux investisseurs nationaux » (traduction non officielle). Si toutefois la constitutionnalité de la plus grande partie des dispositions a été établie (articles 1 à 3 et 7 à 18), celle des articles 4, 5 et 6 a été conditionnée à certains changements ou éclaircissements ; raison pour laquelle, au moyen d'une note interprétative, le juge constitutionnel colombien a demandé aux gouvernements français et colombien de procéder aux ajustements nécessaires en vue de la ratification du traité.

La Cour a estimé que, pris en ses termes généraux, l'article 4 relatif à la norme minimale de traitement, y compris le traitement juste et équitable et la protection et sécurité pleines et entières, était compatible avec le mandat constitutionnel qui vise, entre autres, à garantir « le principe de sécurité juridique et le droit au procès équitable dans toutes les actions judiciaires, et la sécurité et la protection des investisseurs, en conformité avec les principes constitutionnels et les objectifs poursuivis par l'État » (traduction non officielle). Néanmoins, sensible aux avancées actuelles du droit international des investissements qui tendent à restreindre la portée de cette norme, elle a considéré la disposition y relative vague et trop indéterminée, impliquant trois ajustements sous peine de contredire les principes constitutionnels de la sécurité juridique. Afin que soit spécifié ce à quoi que les États s'engagent, le juge constitutionnel a en premier lieu tenu pour nécessaire que soit précisé si le « droit international applicable aux investisseurs de l'autre Partie contractante et à ses investissements sur son territoire » couvre le droit coutumier international, le droit des traités ou des deux. Afin de limiter la portée (trop générale, selon lui) de la disposition, le juge a considéré en deuxième lieu que le terme « *inter alia* » devait appeler une interprétation restrictive. Et il a demandé en troisième lieu que le corps du traité indique à quoi correspond le terme « attentes légitimes ».

Posant les principes du traitement national et de la nation la plus favorisée, l'article 5 du traité a tout autant été traité comme globalement compatible avec l'article 13 de la Constitution sur le principe d'égalité, mais également comme incluant des expressions vagues et donc susceptibles d'être source d'insécurité juridique. A ce titre, la Cour constitutionnelle a demandé que soit explicité le champ d'application de l'expression « situation similaires » au sens de cette disposition, par laquelle les États s'engagent à accorder aux investisseurs et investissements d'un autre État un « traitement non moins favorable que celui accordé dans des situations similaires à ses investisseurs ». De même, a-t-elle requis que soit précisée la portée de l'expression « nécessaires et proportionnées à l'objectif recherché » afin de permettre aux États d'adopter ou de maintenir « des mesures visant à garantir l'ordre public en cas de menaces graves contre les intérêts fondamentaux de l'État ». Préoccupée aussi par le fait que la clause de la nation la plus favorisée autorise

l'importation de clauses d'autres traités, la Cour a estimé qu'il en résulte un risque de limitation des pouvoirs qui sont conférés au Président de la République par l'article 189.2 de la Constitution pour négocier les traités. La disposition a donc été déclarée constitutionnelle sous condition que les pouvoirs présidentiels soient préservés.

S'agissant pour finir de la clause sur l'expropriation, y compris indirecte, figurant sous l'article 6, elle a elle aussi été estimée dans sa globalité conforme à la Constitution (notamment à son article 58). Le juge constitutionnel a cependant vu dans les termes « attentes légitimes » et « nécessaires et proportionnées » des atteintes potentielles à la sécurité juridique de l'Etat colombien, raison pour laquelle il a demandé aux gouvernements des deux Etats de préciser sa signification et sa portée dans les mêmes termes que ceux exigés pour les articles 4 et 5.

Cette décision a divisé la Cour colombienne. Deux de ces neuf magistrats ont reproché à la majorité d'avoir retenu une approche esquivant l'enjeu principal relatif à l'accès à l'arbitrage international, critiquant l'absence d'évocation de la position de la Cour de justice de l'Union européenne sur des normes similaires à celles inscrites sous l'article 8 de de l'APPRI, jugées incompatibles avec le droit de l'Union européenne. Selon eux, un examen de la constitutionnalité de ces normes aurait pu, dû même, être réalisé du point de vue de l'article 226 de la Constitution qui énonce le principe de réciprocité dans les relations. Un autre point de dissidence a surgi du fait que la majorité a raisonné comme si le contentieux international de l'investissement retenait la règle du précédent, là où il comprend en réalité de multiples décisions prises au cas par cas par des tribunaux non liés par leurs raisonnements et interprétations respectifs ; la minorité considérant que, ce faisant, la majorité avait méconnu les méthodes retenues par le droit international pour l'interprétation des traités, ainsi que l'article 241 de la Constitution. De même, il a été reproché à la Cour de ne pas avoir tenu compte du fait qu'une déclaration interprétative conjointe des deux gouvernements à propos des articles 4, 5 et 6 du traité, si elle était effectivement adoptée, ne serait en tout état de cause pas soumise au contrôle du Congrès de la République.

Dans tous les cas, il est certain que la Cour constitutionnelle n'avait jamais réalisé de recherches aussi approfondies sur les traités d'investissement (incluant même la tenue d'une audience publique avec des experts). Son implication exprime sa préoccupation à l'endroit de la crise générale que l'on peut percevoir en matière d'arbitrage international des investissements, en même temps qu'elle lui permet d'envoyer un message au gouvernement colombien pour la négociation de traités futurs. Tout semble en effet indiquer que, si de tels traités devaient être semblables aux termes du traité signé entre la France et la Colombie, la Cour ne s'éloignerait pas des conclusions auxquelles elle est parvenue s'agissant de ce dernier.

D. CORREA

ITALIE. Tribunal de Trapani (section du juge pour les enquêtes préliminaires), 3 juin 2019² —. Inconstitutionnalité des traités et rapports de système. Détermination des engagements conventionnels de l'État : nullité internationale d'un traité pour dérogation à une règle de *jus cogens* (principe de non refoulement en tant qu'il est lié à la prohibition de la torture) ; invalidité de l'engagement à l'égard d'un traité en conséquence de la violation d'une norme constitutionnelle 2

La recherche des conditions pour l'invocation de la légitime défense a conduit le Tribunal de Trapani à faire application dans cette affaire du droit international des traités ainsi que du droit constitutionnel italien relatif aux rapports entre droit interne et international. Il s'agissait de déterminer la responsabilité pénale d'un groupe de migrants accusés de menaces et de violences à l'encontre du capitaine d'un navire italien, de son premier officier ainsi que de l'un de ses marins, lesquels, après les avoir sauvés en mer, les reconduisaient vers les côtes libyennes en vertu de la politique de coopération en matière migratoire entre la Libye et l'Italie.

Le juge de première instance vérifie, d'une part, l'existence d'un droit dont la protection aurait été à l'origine de la conduite reprochée. En plus des droits constitutionnels de la personne (tels le droit à la vie et le droit à l'intégrité physique et sexuelle), il fait référence aux droits découlant des obligations internationales de l'Italie en matière de sauvetage en mer (le droit à un « port sûr »), ainsi qu'à la protection des réfugiés et des demandeurs d'asile. Il s'attache, d'autre part, au point de savoir si la conduite constitutive de l'atteinte aux droits protégés peut être qualifiée d'injuste en excluant qu'elle soit l'expression de l'exercice d'un droit ou de la mise en œuvre d'un devoir légitime. C'est ainsi que le juge italien interroge le fondement juridique de l'obligation du capitaine de reconduire les migrants vers la Libye. Il constate qu'elle est enracinée dans le *memorandum* conclu entre l'Italie et la Libye le 2 février 2017, qui attribue aux autorités libyennes le pouvoir de donner des directives aux autorités italiennes afin de garantir le retour des migrants vers le port de départ. Pour autant, il censure cet accord à partir de perspectives à la fois substantielles et formelles, intéressant tant le droit interne que le droit international.

Sur le plan substantiel, le juge italien tient cet accord pour contraire à une norme de *jus cogens* dont il établit la nullité sur le fondement de l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Selon lui les dispositions du *mémorandum* sont contraires au principe de non-refoulement, dont la nature impérative est audacieusement déduite de son lien avec l'interdiction de la torture et de traitements inhumains et dégradants. Citant à l'appui la pratique des tribunaux étrangers, la jurisprudence des tribunaux internationaux et la pratique de l'Assemblée générale des Nations unies, le juge italien développe que l'impérativité de l'interdiction de la torture est bien établie en droit international ; s'attachant à la jurisprudence constante de la Cour européenne des droits de l'homme qui assure la protection du refoulement à partir de l'article 3 de la Convention prohibant la torture, il fait dériver l'impérativité du premier de celle de la seconde. De l'avis du juge national, par ailleurs, et en tout état de

² <https://www.penalecontemporaneo.it/d/6754-la-legittima-difesa-dei-migranti-e-lillegittimita-dei-respington-verso-la-libia-caso-vos-thalassa>.

cause, la contrariété de l'accord avec le principe de non-refoulement qui a rang constitutionnel par le biais de l'article 10 de la Constitution implique aussi l'inconstitutionnalité de l'accord dans l'ordre juridique italien.

Formellement, ayant été conclu par une autorité incompétente, en violation des dispositions constitutionnelles relatives à la conclusion des traités internationaux, l'accord ne serait pas en mesure de produire des effets dans l'ordre juridique interne. Le juge national ajoute que cette irrégularité permettrait l'invocation de l'invalidité de l'engagement à l'égard de ce traité dans l'ordre juridique international, l'article 46 de la Convention de Vienne retenant la violation manifeste d'une norme interne d'importance fondamentale comme vice du consentement.

Le *memorandum* étant censuré, le tribunal exclut donc la qualification de la conduite du capitaine comme une atteinte légitime au droit protégé et accueille l'invocation par les défenseurs de la cause de justification de la légitime défense.

G. MARINO

Nota. Sur le statut interne du *jus cogens*, voir *infra* n°5, décision du 22 mars 2019 de la Cour du District Est de Virginie (droit des individus de ne pas être soumis à des violations du *jus cogens* et renonciation qui en résulte par l'Etat à son immunité de juridiction), et n°6, l'arrêt du 22 juillet 2019 du Conseil d'Etat colombien (obligation de l'Etat de veiller au respect des normes de *jus cogens* dans l'ordre interne).

BRÉSIL. Tribunal supérieur électoral, arrêt du 1^{er} septembre 2018 concernant l'éligibilité de Luis Ignacio Lula da Silva à la présidentielle³ —. Caractère internationalement contraignant et incorporation dans l'ordre interne des recommandations des organes conventionnels onusiens (Comité des droits de l'homme). Dualisme constitutionnel 3

L'une des questions clés de la campagne électorale brésilienne de 2018 a porté sur l'éligibilité de l'ancien président Luis Ignacio Lula da Silva. Selon les sondages, Lula était le candidat à la fois le plus populaire et le plus rejeté. D'où l'importance capitale de l'arrêt du 1^{er} septembre 2018 par lequel le Tribunal supérieur électoral se prononce sur l'éligibilité de l'ancien président brésilien à la veille des élections présidentielles ; arrêt intervenu en outre dans un contexte compliqué par la poursuite parallèle de procédures devant un autre tribunal interne et le Comité des droits de l'homme des Nations unies.

En vertu de la loi brésilienne n° 135 du 4 juin 2010 – dite loi « Ficha Limpa » (casiers propres) –, sont inéligibles les personnes ayant été condamnées pour des crimes de corruption par un tribunal collégial. En l'occurrence, Lula a fait l'objet d'une telle condamnation par un juge de première instance statuant comme juge unique, confirmée par un tribunal de deuxième instance composé lui de trois juges. Néanmoins, il a introduit un recours contre ce dernier jugement devant le Tribunal supérieur de justice (un tribunal de troisième instance) et a également présenté une communication au Comité des droits de l'homme des Nations unies, se plaignant de ne pas avoir eu droit à un procès équitable. Le Comité onusien s'est appuyé sur

³ <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/deciso/es/jurisprudencia>

l'article 92 de son règlement intérieur pour recommander au Brésil l'adoption de mesures provisoires jusqu'à ce qu'il se prononce sur le fond de cette communication, destinées à ce que Lula puisse exercer ses droits politiques en prison de manière à éviter un préjudice irréparable. Aux yeux du Comité, le risque d'un tel préjudice en conséquence d'une violation de ses droits politiques garantis par l'article 25 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (incluant le droit d'être élu) impliquait que le Brésil permette en tout cas provisoirement à Lula de se présenter aux élections présidentielles et d'avoir accès aux médias et aux membres de son parti politique. Sans surprise, l'ancien président a fait valoir les mesures provisoires recommandées par le Comité des droits de l'homme devant le Tribunal supérieur électoral, qui a refusé d'en tenir compte pour deux raisons principales et a conclu à l'inéligibilité de Lula.

Se plaçant en premier lieu du point de vue des engagements internationaux du Brésil, le juge électoral s'est appuyé sur le caractère non internationalement contraignant à ses yeux de l'avis du Comité à l'égard de l'Etat brésilien. Admettant que le Brésil devait prendre en considération les avis du Comité pour remplir ses obligations internationales, le Tribunal a observé que, dans le cas d'espèce, les mesures provisoires recommandées par le Comité n'étaient pas justifiées au regard des premières. Il a en effet estimé que, en les limitant à des condamnations prononcées par des organes composés de plusieurs juges, la loi brésilienne entourait les cas d'inéligibilité de garanties suffisantes pour préserver les droits politiques des individus contre toute atteinte illégitime, tandis que les limitations aux droits politiques des individus condamnés pour corruption avaient une justification valide : préserver la moralité dans la gestion de la chose publique. On relèvera aussi sur ce point que le Juge Barroso, rapporteur sur cette affaire, invoqua au soutien de la nature non contraignante des avis du Comité des droits de l'homme une interprétation en ce sens d'un juge du Tribunal suprême d'Espagne⁴, sans mention en revanche de la décision du 17 juillet 2018 par laquelle le Tribunal suprême espagnol reconnaît le caractère internationalement obligatoire de recommandations du Comité des Nations unies pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes par effet à la fois de la Convention sur l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes et de son Protocole facultatif (voir cette *Revue* 2018-4, pp. 1053-1054).

Se plaçant en second lieu sur le terrain du droit interne brésilien, comme l'avait fait d'ailleurs le Tribunal suprême espagnol dans sa décision du 17 juillet 2018 mais pour faire procéder de la Constitution le caractère exécutoire au plan interne de recommandations du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, le Tribunal électoral s'est fondé sur l'absence d'incorporation au sein de l'ordre juridique brésilien du Protocole facultatif du Pacte international des droits civils et politiques, qui prévoit le mécanisme des communications individuelles, faute de publication du décret le promulguant. S'inscrivant dans la jurisprudence classique sur le « dualisme modéré » du droit brésilien, le Tribunal supérieur tient ce Protocole

⁴ Décision du 12 avril 2018 du juge D. Pablo Llarena Conde, « Causa Especial n. 20907/2017 », voir <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Sala-de-Prensa/Notas-de-prensa/El-juez-Pablo-Llarena-deniega-el-permiso-solicitado-por-Jordi-Sanchez-para-acudir-al-Pleno-de-investigacion-o-comparecer-por-via-telematica>

internationalement en vigueur pour l'Etat comme dépourvu d'effets dans l'ordre interne. Par suite, les actes du Comité pris sur son fondement sont aussi inapplicables en droit brésilien.

D. DAMÁSIO BORGES

Nota. Pour un cas de prise en considération d'un acte d'un organe conventionnel aux fins de la détermination des obligations internationales de l'Etat par le juge interne, voir, *infra* n°8 l'arrêt de la Cour constitutionnelle italienne du 20 juin 2018 (à propos du Comité social européen) et n°12 l'arrêt de la Cour constitutionnelle allemande du 24 juillet 2018 (à propos des observations du Comité des droits des personnes handicapées).

ALLEMAGNE. Cour constitutionnelle fédérale, arrêt du 30 juillet 2019 (2 BvR 1685/14 et 2 BvR 2631/14)⁵ —. Constitutionnalité de la participation à la mise en place de l'Union bancaire européenne (mécanismes de surveillance et de résolution unique). Légitimité démocratique et contrôle d'organes européens. Contrôle de l'attribution de compétences à un mécanisme international. Européanisation de l'organisation administrative nationale 4

Par cet arrêt du 30 juillet 2019, le second sénat de la Cour constitutionnelle s'est prononcé sur la constitutionnalité de la participation du gouvernement fédéral et du *Bundestag* à la mise en place de l'Union bancaire européenne et, plus précisément, du Mécanisme de surveillance unique et du Mécanisme de résolution unique. Ces deux mécanismes sont placés sous l'égide de la Banque centrale européenne : le premier vise à surveiller le respect du droit de l'Union par les banques les plus importantes de la zone Euro (et des autres pays ayant joint les mécanismes) ; le second est destiné à faciliter la liquidation à un stade précoce de banques qui deviennent défaillantes ou risquent de le devenir en vue d'éviter un impact sur la stabilité financière ou l'économie en général. Leur légitimité démocratique et l'étendue des pouvoirs de contrôle sur eux étaient au cœur de l'affaire.

La Cour conclut que la participation de l'Allemagne à la mise en place de l'Union bancaire (avec ses mécanismes) n'est pas contraire à la Loi fondamentale à condition d'interpréter restrictivement la réglementation relative à cette institution, tout en mettant plus généralement le gouvernement en garde sur les limites des attributions de compétences à des organes européens. Elle souligne d'abord que l'européanisation de l'organisation administrative nationale par l'instauration d'institutions indépendantes et d'entités relevant de l'Union européenne implique un degré minimal de légitimité démocratique et de contrôle (art. 23 I 3, 79 III et 20 I et II LF pris ensemble). Elle ajoute ensuite que l'article 20 I et II de la Loi fondamentale ne permet qu'une modification limitée de la légitimité démocratique et des pouvoirs de contrôle du parlement et des juridictions sur les institutions, pour considérer, à l'inverse, qu'une réduction illimitée du niveau de légitimité démocratique n'est pas constitutionnelle et nécessite une justification. La mise en place d'agences indépendantes de l'Union européenne n'est pas en soi remise en

⁵ *Neue juristische Wochenschrift* 2019, p. 3204 s.

cause par le juge constitutionnel mais reste précaire au regard du principe de démocratie. Elle indique encore que le gouvernement fédéral et le *Bundestag* ne sont pas en droit de participer à l'adoption et à la mise en œuvre de droit dérivé, lorsque celui-ci dépasse les limites du programme d'intégration. Le législateur n'est pas non plus en droit d'autoriser l'approbation par le gouvernement fédéral d'un acte *ultra-vires* d'un organe, d'une institution ou d'une autre entité de l'Union européenne. La Cour conclut enfin que, en l'espèce, la participation du gouvernement fédéral et du *Bundestag* à l'adoption et à la mise en œuvre du règlement n° 1024/2013 du Conseil du 15 octobre 2013 (relatif au Mécanisme de surveillance unique) et du règlement n° 1093/2010 du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010 (instituant l'Autorité bancaire européenne) ne sont pas contestables du point de vue de la Loi fondamentale.

Pris dans leur ensemble, les différents principes énoncés s'inscrivent dans la continuité de la décision *OMT* du 21 juin 2016. Bien que la Cour rappelle l'importance du principe de légitimité démocratique et énonce ainsi des limites à l'attention du gouvernement fédéral et du *Bundestag*, elle ne remet pas en cause le Mécanisme de surveillance unique, ni le Mécanisme de résolution unique. La condition d'une interprétation restrictive des compétences de ces mécanismes pourrait toutefois soulever de nouvelles questions à l'avenir dans le cas d'une interprétation extensive de leurs compétences en pratique.

A.-M. THÉVENOT-WERNER

Statut interne du droit coutumier et du *jus cogens*

ETATS-UNIS. Cour du District Est de Virginie (Brinkema, *district judge*), 22 mars 2019, *Al Shimari et al. c. CACI Premier Technology, Inc. c. United States of America*⁶ —. Incorporation et applicabilité du droit international coutumier. Statut du *jus cogens* en droit interne. Droit des individus de ne pas être soumis à des violations du *jus cogens*. Renonciation de l'Etat à son immunité de juridiction devant le juge national. Communauté internationale. Portée de l'*Alien Tort Statute* 5

Les requérants avaient été détenus à la prison irakienne d'Abu Ghraib, où ils auraient été victimes d'actes de torture, traitements inhumains et dégradants, et crimes de guerre commis par des soldats américains ainsi que par des employés civils de *CACI Premier Technology* (ci-après « *CACI* »), une société militaire privée américaine à qui le gouvernement américain sous-traitait la conduite des interrogatoires des détenus. Citoyens irakiens, c'est sur le fondement de l'*Alien Tort Statute* de 1789 (« *ATS* ») qu'ils saisissaient en 2008 le juge américain de leur action en réparation des préjudices ainsi causés par *CACI*, laquelle se retournait contre l'Etat américain qu'elle présentait comme responsable premier desdits préjudices

⁶ https://ccrjustice.org/sites/default/files/attach/2019/03/1183_3-22-19_Memorandum_Opinion_web.pdf. L'historique procédural, et l'ensemble des décisions rendues et écritures déposées jusqu'à présent dans cette affaire qui n'a toujours pas été jugée au fond, sont disponibles sur le site du *Center for Constitutional Rights*, l'association de juristes américaine qui représente les requérants, à l'adresse <https://ccrjustice.org/home/what-we-do/our-cases/al-shimari-v-caci-et-al>.

puisque l'armée américaine exerçait un contrôle total et direct sur les conditions faites aux détenus d'Abu Ghraib, y compris le régime des interrogatoires que les employés de *CACI* étaient chargés de mener.

CACI avait excipé, *inter alia*, de l'incompétence du juge sur le fondement de l'*ATS*, finalement rejetée au terme d'un long combat judiciaire qui a donné l'occasion au juge américain de (i) confirmer que les faits allégués représentaient bien des « violations du droit international » au sens de l'*ATS* en ce qu'il s'agissait, comme l'exige la jurisprudence, de violations de normes spécifiques, universelles, et obligatoires de droit international⁷, (ii) répéter que l'*ATS* peut servir de fondement à la poursuite de personnes privées, et (iii) de mettre en œuvre, quelques mois après sa publication, la décision de la Cour Suprême du 24 avril 2018 dans l'affaire *Jesner c. Arab Bank* (voir cette *Revue* 2018-4, pp. 1097-1099), la lisant comme n'empêchant l'exercice de la compétence prévue par l'*ATS* à l'égard de sociétés que dans le cas où celles-ci seraient étrangères⁸. L'affaire résume ainsi, à elle seule, l'état du droit positif en matière d'*ATS*.

La présente décision intervient après ce débat sur l'*ATS*. Elle porte encore sur des questions préliminaires, parmi lesquelles l'immunité de juridiction opposée par les Etats-Unis, tiers-intervenants forcés, dont le traitement par le juge américain retiendra l'attention de l'internationaliste : *CACI* tirait du statut de *jus cogens* des normes dont les requérants invoquaient la violation son principal argument pour écarter cette immunité de l'Etat devant ses propres juridictions.

Le juge rappelle d'abord l'histoire et les contours des concepts juridiques en jeu : l'immunité de l'Etat en *common law* et le *jus cogens*. Il note que, malgré les débats sur son champ exact, il est établi que le *jus cogens* comprend certaines règles fondamentales des droits de l'homme, telle que les interdictions du génocide, de l'esclavage, du meurtre et de la torture, ainsi que des « *similarly universally condemned practices* » (p. 27). Il relève encore, s'agissant des rapports entre *jus cogens* et immunité de l'Etat étranger, que le droit international positif en la matière, *i.e.* l'indifférence du bénéfice de l'immunité au statut des normes dont la violation est alléguée, a été affirmé par la Cour internationale de justice dans son affaire *Immunités juridictionnelles de l'Etat*, tandis les juridictions américaines refusent généralement d'interpréter le *Foreign Sovereign Immunity Act* comme comptant le *jus cogens* parmi les quelques exceptions prévues au principe de l'immunité de l'Etat étranger, la violation d'une norme de *jus cogens* ne valant par ailleurs pas renonciation à cette immunité. Il conclut qu'il est généralement – mais pas unanimement – admis en droit international et en droit interne qu'un Etat ne peut pas être poursuivi devant les juridictions d'un Etat étranger pour un comportement, serait-il contraire au *jus cogens*, localisé en dehors du territoire de l'Etat du for (p. 30).

⁷ U.S. District Court for the Eastern District of Virginia (Brinkema, *district judge*), *Memorandum Opinion* du 28 juin 2017 et *Opinion* du 21 février 2018.

⁸ U.S. District Court for the Eastern District of Virginia (Brinkema, *district judge*), *Memorandum Opinion* du 15 juin 2018. Conformément à cette jurisprudence *Jesner*, la Juge Brinkema a également vérifié, pour établir sa compétence aux termes de l'*ATS*, qu'entendre les demandes des requérants ne soulevait aucun enjeu de séparation des pouvoirs ou de relations étrangères.

Cet exposé achevé, le juge traite, au fil d'une longue et créative analyse du droit international et des fondements constitutionnels des Etats-Unis, la question de savoir si le gouvernement fédéral conserve l'immunité qui le protège de poursuites devant un tribunal américain portant sur des violations du *jus cogens* commises par des américains. La réponse, négative, repose sur cinq motifs, chacun présenté comme décisif. Premièrement, les normes de *jus cogens* ne portent pas seulement obligation des Etats de les respecter mais confèrent également « *an unquestionable right on each individual to be free from states violating those norms* » (p. 31). Or, puisque ce droit individuel est, comme tout produit de droit international (coutumier), incorporé en droit américain et est ainsi opposable au gouvernement fédéral et applicable par les juridictions américaines, il existe aujourd'hui un droit fédéral des individus de ne pas être soumis à des violations du *jus cogens* – droit auquel doit, suivant l'adage « *ubi jus, ibi remedium* », correspondre un recours à l'encontre du gouvernement fédéral. En somme, en acceptant le « *law of nations* », qui comprend le *jus cogens*, ce gouvernement a implicitement renoncé à son droit à l'immunité souveraine à l'égard de violations du *jus cogens* pour les cas où il serait poursuivi pour de telles violations devant un tribunal américain. Deuxièmement, une telle renonciation implicite s'exprime aussi par la participation des Etats-Unis à des conventions multilatérales obligeant les parties à prévenir, réprimer et réparer certaines violations du *jus cogens* – le juge Brinkema ne fait ici référence qu'à la Convention contre la torture – notamment en garantissant aux victimes des recours effectifs devant les juridictions américaines (p. 34). Troisièmement, le *jus cogens* se trouve au sommet de la hiérarchie des normes de droit international et son caractère impératif implique qu'il lie tous les Etats même sans leur consentement, et même à l'égard de leur comportement dans l'ordre interne. Il invalide donc tout acte étatique contraire et le principe de l'immunité souveraine de l'Etat, lorsqu'il entre en conflit avec la norme de *jus cogens*, doit céder devant celle-ci (p. 39). Contrairement à la Cour internationale de justice dans *Immunités juridictionnelles de l'Etat*, le juge Brinkema envisage la possibilité d'un tel conflit, qu'elle constate en l'espèce en ce que la norme de *jus cogens* invoquée contient non seulement une règle interdisant aux Etats de torturer des individus mais aussi, nécessairement, une règle exigeant des recours effectifs pour réparer une telle violation – à défaut de quoi l'interdiction de la torture serait seulement théorique, ce qui n'est pas envisageable au regard de l'importance attachée par la communauté internationale à l'adhésion aux normes de *jus cogens* (p. 39). Quatrièmement, en se présentant comme membre de la communauté internationale, les Etats-Unis ont implicitement consenti à être poursuivis pour des violations du *jus cogens* puisque le respect et la mise en œuvre du *jus cogens*, qu'anéantirait le jeu de l'immunité, sont indispensables à l'existence d'une communauté de nations véritable. Cinquièmement, l'immunité de l'Etat, relative en droit américain, n'est pas invocable à l'égard de violations du *jus cogens* puisque de tels actes ne peuvent être commis en qualité de souverain. Le raisonnement suivi est articulé autour de la souveraineté populaire : le gouvernement fédéral ne peut s'immuniser contre une responsabilité pour violations du *jus cogens* que si les actes autorisant ou réalisant ces violations entrent dans la sphère de pouvoirs qui lui ont été légitimement délégués par le peuple ; en vertu du droit international, le peuple en tant que souverain est lié par l'indérogeabilité du *jus cogens*, de sorte qu'il ne peut

légitimement déléguer au gouvernement le pouvoir de commettre des violations de ces normes ; donc le gouvernement, limité à sa sphère de pouvoirs délégués, ne peut perpétrer de telles violations à titre de souverain et être ainsi couvert par son immunité (p. 47).

L'inopposabilité de son immunité de juridiction par les Etats-Unis – qui parvenaient toutefois, sur un fondement contractuel, à obtenir du juge qu'il constate son incompétence à l'égard des demandes de *CACI* à leur encontre – entraînant, mécaniquement, le rejet de la prétention subsidiaire de *CACI* à se prévaloir d'une immunité dérivée en qualité de sous-traitant de l'Etat. Le débat sur l'immunité pourrait se poursuivre devant la Cour suprême, *CACI* ayant soumis un *writ of certiorari* le 15 novembre 2019.

R. PIÉRI

COLOMBIE. Conseil d'Etat (section du contentieux, troisième chambre), arrêt du 22 juillet 2019, n° 05001-23-33-000-2018-00206-01(61449)⁹
 —. Primauté du droit international sur le droit interne. Imprescriptibilité des crimes contre l'humanité et délais de recours contentieux devant les tribunaux internes. Obligation de veiller au respect du *jus cogens* dans l'ordre interne 6

Le Conseil d'Etat statuait sur un recours en appel contre une décision du Tribunal administratif d'Antioquia du 22 mars 2018, qui avait rejeté la demande de réparation du requérant au motif de l'expiration du délai du recours contentieux. L'affaire découlait d'une série de meurtres et de menaces de mort perpétrés entre 1997 et 1998 contre plusieurs membres de la famille du requérant par divers individus armés agissant hors la loi, ayant contraint ce dernier et les membres de sa famille ayant survécu à se déplacer. Ses demandes tiraient grief de violations du droit colombien et se fondaient également sur les normes internationales relatives aux crimes contre l'humanité.

Le Conseil d'Etat écarte l'argument tiré de l'expiration du délai de recours contentieux, rappelant les deux principes internationaux applicables en matière de crimes contre l'humanité : leur imprescriptibilité et l'obligation faite à l'Etat colombien par les conventions auxquels il participe de les mettre en œuvre dans son ordre interne. Analysant l'applicabilité matérielle de telles normes internationales à l'affaire, il indique que les crimes contre l'humanité font référence à des conduites qui portent non seulement atteinte à un groupe d'individus ou à des individus pris isolément mais qui, en raison de la gravité même de telles atteintes, sont aussi considérées comme un affront contre l'humanité conçue comme un ensemble, raison pour laquelle l'application des normes internationales y relatives est nécessaire. Comparant l'imprescriptibilité de ce type de crime avec les règles internes relatives aux délais de recours contentieux devant les juridictions administratives, il juge que, si ces dernières constituent un instrument de procédure visant à garantir la sécurité de

⁹ <http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&ext=doc&file=2136729>

l'ordre juridique, leur application, et donc l'expiration du délai de recours contentieux, ne saurait porter atteinte au droit des victimes à accéder à la justice et à la réparation, de sorte qu'il n'y a pas lieu d'appliquer l'article 164, paragraphe 2, alinéa i) du Code de procédure administrative et du contentieux administratif.

Procédant à l'examen de l'affaire au fond, le Conseil d'Etat indique que les dispositions internationales doivent être prises en considération par le juge administratif colombien avant même les normes nationales, afin de protéger les droits de l'homme et le droit international humanitaire. Il estime utile d'appliquer l'article 53 de la Convention de Vienne, qui impose selon lui à l'Etat colombien de veiller au respect des normes du *jus cogens* dans son ordre interne, et se fonde également sur les articles 8.1 et 25 de la Convention américaine des droits de l'homme qui prévoient l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité (le Conseil se réfère à l'arrêt *Almonacid Arellani et autres contre le Chili* de la CIDH du 26 septembre 2006, §§ 151 et 153). La haute juridiction décide aussi d'appliquer l'article 29 du Statut de Rome à cette affaire même si cette disposition ne relève pas du bloc de constitutionnalité, et alors même qu'il existe un juge international spécialisé en matière pénale comme la Cour pénale internationale : en vertu du principe d'unité de matière et de cohérence des normes, le juge administratif colombien peut retenir l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité dans le cadre d'actions administratives mettant en cause de tels crimes.

D. CORREA

Nota. Pour l'établissement par le juge national de la nullité d'un traité en vertu du *jus cogens*, voy. *supra* n°2, Italie, Tribunal de Trapani, 3 juin 2019.

Statut interne des engagements conventionnels

ESPAGNE. Tribunal constitutionnel, 20 décembre 2018, recours d'inconstitutionnalité 3754/2014¹⁰ —. Place du droit international dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des lois et interprétation de la Constitution au regard du droit international. Grievs d'inconstitutionnalité et d'inconvention-nalité. Compétence universelle 7

La réponse au recours d'inconstitutionnalité de la loi organique du 13 mars 2014 restreignant la compétence pénale des juridictions espagnoles était très attendue. Elle a déçu. Déboutant les députés du PSOE de leur demande formulée quatre ans et demi plus tôt, épisode final d'une saga judiciaire à plusieurs reprises commentée dans cette chronique, l'arrêt de la haute juridiction laisse un goût amer. Il rappelle que, même en Espagne, le temps d'une lutte absolue contre l'impunité des criminels de guerre, telle que consacrée dans la version originale puis modifiée de la loi organique de 1985, semble bien loin. En l'espèce, une conclusion contraire sur la base de la Constitution espagnole n'était pas évidente, mais la clef de voûte de la décision repose sur la place accordée au droit international dans l'interprétation de celle-ci. Le déroulé de l'arrêt semble d'ailleurs assez tôt orienté vers une application restrictive de la loi

¹⁰ BOE n°22, 25 janvier 2019, pp. 7034-7079 : https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-957.

constitutionnelle et fait la part belle aux arguments des représentants de l'Etat (*abogacia del Estado*). La constitutionnalité de l'ensemble du texte organique de 2014 était dénoncée dans la demande présentée par les parlementaires. Ceux-ci invoquaient d'abord un concept très général, celui de la régression qu'impliquait ce changement législatif, avec pour effet de violer les principes d'interdiction de l'arbitraire et de sécurité juridique, et le droit d'accès aux juridictions dans des conditions égales pour tous les citoyens espagnols, consacrés dans la Constitution. La compétence juridictionnelle de l'Etat dans certaines matières pénales étant par ailleurs régie par plusieurs traités auxquels l'Espagne est partie, le recours dénonçait ensuite une violation de l'article 10 de la Constitution espagnole prévoyant que les normes constitutionnelles relatives aux droits fondamentaux et aux libertés doivent être interprétées conformément aux engagements internationaux de l'Etat, ainsi qu'une violation de l'article 96 de la Constitution incluant les traités internationaux dans l'ordre juridique interne. La Convention de New York pour la prévention et la répression du crime de génocide et la Quatrième Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre ont à ce titre donné lieu à des arguments détaillés. L'arrêt y répond par de longs développements préliminaires qui donnent le ton. Ils critiquent la clarté des exposés des demandeurs pour ensuite encadrer strictement l'objet de l'examen de constitutionnalité : le point général relatif au caractère régressif de la loi n'est pas étudié en tant que tel au nom de la liberté du législateur de faire évoluer le droit. Et enfin rappeler l'histoire de la compétence pénale en Espagne, depuis sa version de 1985 jusqu'à sa très complexe rédaction actuelle.

Pour écarter l'argument relatif à la violation de l'article 10 de la Constitution, les juges de la haute juridiction cherchent à démontrer l'absence d'un modèle unique et universel de compétence universelle en droit international. Les lecteurs intéressés par cette analyse pourront se référer aux pages 7059 et suivantes du *Boletín Oficial del Estado*, dans lesquelles sont abordées les conventions pertinentes mais aussi les résolutions de l'ONU, la jurisprudence de la Cour internationale de Justice, ainsi que celle de la Cour européenne des droits de l'homme. Les analyses relatives à l'article 96 de la Constitution ne laissent pas une meilleure place aux engagements internationaux, rappelant que le texte constitutionnel envisage ceux-ci comme partie intégrante de l'ordre juridique interne sans explicitement affirmer leur supériorité sur les lois. La haute Cour laisse le contrôle de conventionalité aux juges ordinaires et ne considère pas que la réforme de la loi pénale constitue une violation de l'obligation constitutionnelle de l'Etat de se conformer aux traités auxquels il participe. Il ne restait qu'à réfuter la rupture d'égalité des espagnols devant la justice du fait de la réforme pour que le recours soit définitivement rejeté. Un avis joint à la décision ne se désolidarise pas de son issue mais revient sur quelques points d'interprétation, en restreignant d'ailleurs un peu plus la portée de l'article 10 de la Constitution.

L'argumentaire de l'arrêt du Tribunal constitutionnel laisse perplexe à plusieurs endroits. Le comportement de ses membres aussi : l'un d'eux avait siégé au Tribunal suprême au moment de l'affaire du Tibet, celle-là même qui avait politiquement motivé la réforme, s'était déjà exprimé publiquement sur la constitutionnalité de celle-ci, et ne s'est pas pour autant désisté de cette instance.

G. GIRAudeau, J.-E. MOLTO

ITALIE. Cour constitutionnelle, 20 juin 2018, n°120 et 14 novembre 2018, n°194, *Francesca Santoro c. Settimo senso s.r.l.*¹¹ —. Invocabilité de la Charte sociale européenne dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des lois. Autorité des décisions du Comité social. Portée interne de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme. Article 18 de la Convention de Vienne sur le droit des traités et effets de la signature sur le terrain du contrôle de constitutionnalité des lois 8

Ces deux décisions portent sur la constitutionnalité, pour l’une, des dispositions législatives interdisant aux militaires de constituer des associations syndicales et d’adhérer à d’autres associations syndicales, pour l’autre, d’une nouvelle disposition en matière de licenciement illégitime contestée en tant que réduisant la protection des travailleurs. Elles représentent une nouveauté remarquable dans la pratique de la Cour italienne relative à la place de la Charte sociale européenne dans le cadre des questions de constitutionnalité. En effet, la Cour affirme pour la première fois l’invocabilité de cet instrument au titre d’une question de constitutionnalité alors même qu’il n’est pas directement applicable par le juge national ordinaire. La Charte est notamment présentée comme un paramètre spécial de constitutionnalité par rapport aux autres sources internationales, au même titre que la Convention européenne des droits de l’homme à laquelle, par ailleurs, elle est rattachée et dont elle constitue un complément. La Cour reconnaît aussi l’autorité des décisions du Comité social, invoquées au soutien des recours, en spécifiant toutefois qu’elles ne sont pas contraignantes à l’égard des juges nationaux et ne possèdent pas la même autorité interprétative que celle des décisions de la Cour européenne des droits de l’homme.

Deux autres questions à portée internationale sont abordées séparément par la Cour. D’un côté, l’invocation des décisions de la Cour européenne relatives aux limites à la restriction du droit d’association syndicale dans le cadre de l’affaire n°120 autorise la réaffirmation du principe déjà bien établi selon lequel l’interprétation de la Convention par la Cour n’est contraignante que lorsqu’elle est expression d’une jurisprudence consolidée (condition remplie dans le cas d’espèce). D’un autre, la décision n°194 interprète et applique le droit des traités et notamment la règle régissant les effets juridiques de la signature d’un traité n’ayant pas été ratifié. Figuraient en effet, parmi les instruments invoqués au soutien du recours dans cette affaire, la Convention relative à la cessation de la relation de travail à l’initiative de l’employeur (adoptée en 1982 dans le cadre de l’Organisation internationale du travail). Non ratifié par l’Italie, cet instrument était invoqué sur le fondement de l’article 18 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 faisant obligation aux Etats signataires d’un traité de ne pas le priver de son but et de son objet avant sa ratification. La Cour constitutionnelle rejette cet argument, excluant ainsi l’utilisation de l’instrument invoqué comme paramètre de constitutionnalité. Selon elle, l’obligation de bonne foi – implicitement contenue à l’article 18 – ne saurait aller jusqu’à effacer la règle selon laquelle le traité n’est obligatoire vis-à-vis de l’Etat qu’après sa ratification, qui reste donc discrétionnaire.

G. MARINO

¹¹ Respect. <https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2018&numero=120> et <https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2018&numero=194>.

ITALIE. Tribunal de Catane (section du juge pour les enquêtes préliminaires), décret du 27 mars 2018¹² —. Tribunal d'Agrigente (section du juge pour les enquêtes préliminaires), ordonnance du 2 juillet 2019¹³ —. Obligation internationale de l'Etat et obligations des particuliers. Effet et applicabilité directe des traités. Primauté des traités. Sauvetage en mer et recherche d'un « port sûr ». Compétence de l'Etat 9

Dans le contexte de la crise migratoire qui affecte la mer Méditerranée, une jurisprudence prend abondamment forme devant les tribunaux siciliens au sujet des opérations de sauvetage en mer de migrants par des navires d'organisations non gouvernementales. Au cœur de cette jurisprudence sourd, directement ou indirectement, la question de la compatibilité de ces opérations avec l'ordre juridique italien et, notamment, avec la réglementation limitant et réprimant l'entrée des migrants dans les ports italiens. Toutes deux prises dans le cadre de procédures d'urgence, les décisions du 27 mars 2018 du Tribunal de Catane et du 2 juillet 2019 du Tribunal d'Agrigente en sont un autre témoignage.

La première était relative à la saisie du navire *Open Arms* de l'ONG espagnole Proactiva Open Arms, qui avait procédé au sauvetage en mer de migrants au large des côtes libyennes pour les conduire ensuite dans le port de Pozzallo, contre la réglementation en matière d'immigration. La seconde intéressait l'arrestation du capitaine du navire hollandais *Sea Watch 3*, entré dans le port de Lampeduse sans autorisation de la part de l'Etat italien et auquel étaient reprochées des violences sur un navire de la Garde italienne. Les deux affaires soulevaient le problème de l'application des conventions prévoyant la recherche d'un « port sûr » dans le cadre d'une opération de sauvetage en mer. Et cela dans la perspective spécifique de la capacité de ces instruments à créer une obligation à la charge de l'Italie de ne pas réprimer pénalement les navires se conformant à cette obligation de rechercher un « port sûr ». Autrement dit, l'enjeu portait ici sur l'applicabilité directe de conventions imposant des obligations interétatiques.

Les instruments concernés sont la Convention internationale sur la sauvegarde de la vie humaine en mer (SOLAS), la Convention sur la recherche et le sauvetage en mer (SAR) et la Convention des Nations unies sur le droit de la mer. Le juge de Catane se limite à contester leur applicabilité aux faits de l'espèce, tout en se reconnaissant compétent pour juger de l'affaire. Si, en effet, l'article 27 de la Convention des Nations unies relatif à la juridiction pénale à bord d'un navire étranger exclut, à titre de règle générale, celle de l'Etat côtier, le juge italien invoque deux exceptions à la règle générale contre la compétence du juge espagnol : l'extension des conséquences de l'infraction à l'Etat côtier et la nature de l'infraction, propre à constituer un trouble à l'ordre public et à la sécurité nationale. Le juge d'Agrigente s'attarde lui sur le contenu des instruments pertinents. Sans clairement distinguer les obligations de l'Etat de celles du capitaine, il fait de ces instruments le fondement d'une obligation de conduire les migrants dans un port sicilien qui, dans

¹² <http://questionegiustizia.it/articolo/il-sequestro-della-nave-open-arms-e-reato-soccorrere-migranti-in-pericolo-di-vita-31-03-2018.php>.

¹³ <http://www.giurisprudenzapenale.com/2019/07/04/lordinanza-del-gip-del-tribunale-di-agrigento-nei-confronti-di-carola-rackete-sea-watch-3/>

son raisonnement, semble s'imposer directement au capitaine. En tout cas, l'existence d'un tel devoir rend invocable par ce dernier la cause d'exclusion de sa responsabilité pénale. Ce devoir à la charge du particulier est déduit d'une obligation dont l'Etat seul est débiteur sur le plan international. Il s'agit de l'obligation de l'Etat de garantir le sauvetage en mer par les navires relevant de son autorité, dont le juge italien fait dériver une autre obligation : celle de ne pas réprimer les comportements de particuliers compatibles avec cette obligation de sauvetage. Cette obligation produit un effet direct dans l'ordre italien au sens où le particulier poursuivi est fondé à l'invoquer contre l'Etat. Le tribunal d'Agrigente fait aussi référence aux articles 18 et 19 de la Convention des Nations unies sur le droit de la mer qu'il interprète comme imposant à l'Etat une obligation d'autoriser le passage et l'arrêt des navires battant pavillon étranger nécessaires pour prêter secours à des personnes, navires ou aéronefs en danger. Cette obligation de l'Etat contribue à justifier la conduite du particulier poursuivi (en particulier sa décision de rentrer dans un port italien en l'absence d'autorisation des autorités nationales), et conditionne l'application des dispositions internes (ministérielles) visant à régir les flux migratoires. En effet, sur le fondement en même temps de l'article 10 de la Constitution relatif au droit coutumier et de l'article 117 qui fait obligation au législateur de respecter les engagements internationaux et impose donc le respect du droit international conventionnel, l'ensemble des obligations internationales dans cette affaire priment dans l'ordre italien.

G. MARINO

Nota. Sur la primauté du droit de l'UE et l'inapplicabilité en droit interne de traités contraires au droit de l'UE, voir *infra* n°19, Cour fédérale allemande, décision du 31 octobre 2018, *République slovaque c. Achmea BV*.

ALLEMAGNE. Cour constitutionnelle fédérale, décision du 7 décembre 2018 (2 BvQ 105/18 *et al*)¹⁴ —. Notion d' « accord international » au sens du droit international et de la Constitution, et effet juridique interne. Signature. Pacte mondial pour des migrations sûres, ordonnées et régulières. Pacte mondial pour les réfugiés 10

Treize requérants avaient saisi la Cour constitutionnelle fédérale en référé d'une injonction interdisant à la Chancellerie allemande de procéder les 10 et 11 décembre 2018 à la signature du Pacte mondial pour des migrations sûres, ordonnées et régulières, après que le *Bundestag* allemand ait autorisé la signature de cet instrument le 29 novembre 2018. L'un des requérants avait sollicité en plus l'interdiction de l'adhésion au Pacte mondial pour les réfugiés. La Cour a rejeté ces demandes au motif qu'un recours constitutionnel au principal dans l'affaire aurait été irrecevable faute d'effet juridique des instruments en cause dans l'ordre juridique allemand. Cette absence d'effet juridique résulte, d'une part, de ce que la signature ne produit que des effets au niveau international, lorsqu'elle en produit, et, d'autre part, de ce qu'aucun des deux instruments ne se qualifie comme un « accord international » en vertu de la Constitution. Aucun n'est à l'origine d'un cadre juridique international

¹⁴ *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 2019, p. 161 s.

nouveau. Dépourvu de toute obligation autonome pour l'Allemagne, l'un comme l'autre comporte des engagements politiques dont la violation n'est pas sanctionnée par le droit international. Il s'agit dans les deux cas d'un accord-cadre de coopération juridiquement non contraignant en vertu du droit international (« *ein völkerrechtlich nicht bindendes Kooperationsrahmenwerk* »), à ce titre dépourvu de la qualité d'accord international au sens de l'article 59 de la Loi fondamentale. L'absence de qualité d'accord international en vertu du droit allemand, et l'inopposabilité qui en résulte dans l'ordre juridique interne, justifie leur signature par la Chancelière, plutôt que par le Président fédéral, laquelle n'a pas à y être autorisée par le parlement conformément à l'article 59.2 LF. Le Pacte mondial pour les migrations ne relevant pas du champ d'application de l'article 59.2, l'autorisation législative (obtenue à 372 voix contre 153 et 141 abstentions) était donc superflue d'un point de vue juridique, mais précieuse d'un point de vue politique pour la Chancelière dont les positions en matière migratoire ont été très controversées.

A.-M. THÉVENOT-WERNER

GRÈCE. Conseil d'Etat (ass. plénière), arrêts n° 2615-2616/2018 du 14 décembre 2018¹⁵ —. Accord définitif pour le règlement des différends décrits dans les résolutions 817 (1993) et 845 (1993) du Conseil de sécurité des Nations unies, la résiliation de l'Accord intermédiaire de 1995, et la mise en place d'un partenariat stratégique entre la Grèce et l'Ancienne République yougoslave de Macédoine (Accord dit « de Prespes »). Actes de gouvernement. Effets internes et internationaux de la signature 11

Après avoir statué en référé par une ordonnance du 17 juillet 2018 (voir cette *Revue*, 2018-4, pp. 1067-1068), le Conseil d'Etat se prononce sur le recours pour excès de pouvoir dirigé contre, d'une part, la décision du ministre des Affaires étrangères grec de signer l'Accord dit de Prespes sur la dénomination de l'Ancienne République yougoslave de Macédoine, d'autre part, plusieurs actes connexes, notamment les lettres adressées par le même ministre au Secrétaire général de l'OTAN ainsi qu'au Président du Conseil européen au soutien de l'invitation à l'adhésion et l'ouverture des négociations d'adhésion de l'Ancienne République

¹⁵

http://www.adjustice.gr/webcenter/portal/ste/pageste/epikairota/apofaseis?contentID=DECISION-TEMPLATE1549872868894&_afLoop=33694149751231686#!%40%40%3F_afLoop%3D33694149751231686%26centerWidth%3D65%2525%26contentID%3DDECISION-TEMPLATE1549872868894%26leftWidth%3D0%2525%26rightWidth%3D35%2525%26showFooter%3Dfalse%26showHeader%3Dtrue%26_adf.ctrl-state%3D15rgwii96j_62 et http://www.adjustice.gr/webcenter/portal/ste/pageste/epikairota/apofaseis;jsessionid=st5BbLgIqPqfi nEznQ1G7TWyPpT50nMsC4K_4UAbn2657Uhq6zqn!497164487!-780127965?centerWidth=65%25&contentID=DECISION-TEMPLATE1549873362310&leftWidth=0%25&rightWidth=35%25&showFooter=false&showHeader=true&_adf.ctrl-state=en6o5su3d_4&_afLoop=33694092319295351#!%40%40%3F_afLoop%3D33694092319295351%26centerWidth%3D65%2525%26contentID%3DDECISION-TEMPLATE1549873362310%26leftWidth%3D0%2525%26rightWidth%3D35%2525%26showFooter%3Dfalse%26showHeader%3Dtrue%26_adf.ctrl-state%3D15rgwii96j_4

yougoslave de Macédoine (rebaptisée République de Macédoine du Nord) à ces deux organisations.

Concluant à l'irrecevabilité du recours, l'arrêt dit peu sur le terrain du droit international et du droit des traités. Le Conseil d'Etat voit dans les actes attaqués des actes qui relèvent de la conduite de la politique extérieure de l'Etat, en tant qu'ils se rapportent à la conclusion d'un accord bilatéral dont l'objet est le règlement par ses deux Etats parties de leur différend international relatif à la dénomination, la nationalité et la langue de l'une d'elles, qui réaffirme l'intangibilité des frontières entre la Grèce et la Macédoine du Nord et prévoit les modalités d'adhésion de celle-ci à l'UE et à l'OTAN. Ces actes étant des actes de gouvernement, ils ne sont pas susceptibles de faire l'objet du contrôle du juge de l'excès de pouvoir. L'opinion dissidente du conseiller Potamias s'appuie elle sur l'Accord de Prespes et le droit international au soutien de la thèse selon laquelle les actes contestés sont des actes administratifs relevant du contrôle du juge. Selon le conseiller, le caractère contraignant de ces actes internes provient avant tout de ce que l'Accord de Prespes, par effet de la volonté de ses Etats parties telle qu'exprimée aux articles 1(2) et 2 (4), produit ses effets sur les plans interne et international dès sa signature¹⁶. A cette lecture de l'Accord, implicitement présenté comme un accord « mixte » ou en tout cas comme un accord en forme simplifiée qui s'applique par effet de la signature, le conseiller ajoute que, quoi qu'il en soit, il incombe aux autorités grecques en conséquence de la signature de s'abstenir d'actes contraires à l'objet de cet Accord en vertu de l'article 18 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Les actes attaqués se rapportant ainsi à un instrument qui produit des effets dans l'ordre juridique grec, ils sont contraignants, à ce titre exécutoires et, par suite, susceptibles d'un contrôle juridictionnel.

M. PASCHOU

Nota. Sur les effets internationaux et internes de la signature d'un traité, voy. aussi *supra* n°8, Cour constitutionnelle italienne, arrêt du 14 novembre 2018, n°194.

Statut interne de la *soft law*

ALLEMAGNE. Cour constitutionnelle fédérale, arrêt du 24 juillet 2018 (2 BvR 309/15, 2 BvR 502/16) et décision du 29 janvier 2019 (2 BvC 62/14)¹⁷ —. Prise en considération d'actes non contraignants émanant d'organes conventionnels afin de déterminer les engagements internationaux de l'Etat. Portée interne de la *soft law*. Droits fondamentaux des patients. Droit de vote de délinquants placés 12

Le « droit souple » d'origine internationale se durcit avec beaucoup de précautions dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale relative à la portée juridique interne des actes adoptés par des organes conventionnels.

L'arrêt du 24 juillet 2018 intéresse les observations du Comité des droits des personnes handicapées. Le juge constitutionnel était appelé à se prononcer sur la proportionnalité d'une loi autorisant pendant plus d'une demi-heure la contention en

¹⁶ Le texte de l'Accord de Prespes est consultable sur <https://greece.greekreporter.com/files/symfwnia-aggliko-keimeno.pdf>

¹⁷ *Neue juristische Wochenschrift* 2018, pp. 2619 s. et *Neue juristische Wochenschrift* 2019, pp. 1201 s.

cinq ou sept points de patients présentant un danger pour eux-mêmes ou autrui. Il se place d'abord sur le terrain des droits fondamentaux résultant de la Loi fondamentale. Il s'assure ensuite de la compatibilité de ses conclusions fondées sur la Loi fondamentale avec la Convention européenne des droits de l'homme, à la lumière de laquelle la Loi fondamentale doit être interprétée, ainsi qu'avec la Convention des Nations unies relative aux droits des personnes handicapées, qui n'a qu'une valeur législative en droit allemand. A ce titre, il tient compte des observations du Comité des droits des personnes handicapées sur le premier rapport de l'Allemagne et de celles du Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants ; tout en soulignant que, conformément aux articles 34 et suivants de ladite Convention tels qu'interprétés au regard de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, de telles « déclarations ont certes un poids considérable mais ne sont contraignantes ni pour des juridictions internationales ni pour des tribunaux nationaux » (traduction non officielle). La Cour confirme ainsi sa décision du 26 juillet 2016, *Zwangsbehandlung* (1 BvL 8/16) dans laquelle elle s'était référée notamment à l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice entre la République de Guinée et la République démocratique du Congo dans l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo* et à la pratique jurisprudentielle nationale de différents pays, y compris la France (CE, juge des référés, 11 oct. 2001, n° 238849). Par-delà le caractère non contraignant de ces sources formelles en vertu du droit international, la Cour s'assure ainsi que les exigences strictes en matière de contention résultant de la Loi fondamentale répondent aussi aux obligations incombant à l'Allemagne en vertu de la Convention des Nations unies relative aux droits des personnes handicapées telle qu'interprétée par son organe conventionnel. Son arrêt constitue une avancée au regard des droits des personnes hospitalisées, en ce qu'il conditionne la contention en cinq ou sept points au-delà d'une demi-heure à une autorisation juridictionnelle. Il valorise également le travail des organes conventionnels tout en réservant le droit du juge national de ne pas en tenir compte dans l'hypothèse d'une incompatibilité avec une obligation juridique, comme c'était le cas en France dans l'affaire *Lambert* (C. Cass., Ass., 28 juin 2019, n° 19-17.330 et 19-17.342, publié au bulletin).

Six mois plus tard, le juge constitutionnel franchit un pas de plus avec l'arrêt du 29 janvier 2019, consacré à l'examen de la constitutionnalité de l'exclusion du droit de vote des personnes prises en charge et de délinquants placés en raison d'une responsabilité diminuée. Selon lui, malgré le caractère non contraignant pour l'Etat des sources « souples » du droit international, les juridictions nationales devraient tenir compte des rapports, directives et recommandations des organes conventionnels au titre de la *völkerrechtsfreundliche Auslegung des nationalen Rechts*. Aux actes de tels organes est ainsi reconnue non pas une place certaine dans la hiérarchie des normes mais une certaine autorité dont la prise en considération est recommandée par la Cour constitutionnelle fédérale.

A.-M. THÉVENOT-WERNER

Nota. Sur les effets internationaux des recommandations des organes conventionnels, voy. aussi *supra*, n°3, arrêt du 1^{er} septembre 2018 du Tribunal supérieur électoral du Brésil (à propos du caractère non contraignant des recommandations du Comité des droits de l'homme des Nations unies). Sur l'autorité des décisions du Comité social européen, voy. Cour constitutionnelle italienne, 20 juin 2018, *infra* n°8.

Interprétation des traités

ROYAUME-UNI. Cour suprême, 17 octobre 2018, *Warner (Respondent) c. Scapa Flow Charters (Appellant) (Scotland)*¹⁸ —. Méthodes d'interprétation du droit international. Convention d'Athènes de 1974 relative au transport par mer de passagers et de leurs bagages. Distinction des systèmes de *civil law* et de *common law* 13

Procéder à l'interprétation d'une convention internationale n'est jamais simple, quand bien même la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 fournit les méthodes à emprunter pour ce faire. Lorsque les juridictions internes se livrent à cet exercice pour trancher les différends qui leur sont soumis, la difficulté est accentuée et le risque bien réel d'aboutir à une interprétation non uniforme d'une même disposition, selon le système juridique où elle va trouver à s'appliquer. En l'occurrence, c'est un regrettable accident de plongée qui va donner l'occasion à la Cour suprême du Royaume-Uni de livrer une interprétation endémique de l'article 16 (3) de la Convention d'Athènes de 1974 relative au transport par mer de passagers et de leurs bagages. Intéressant la prescription des actions en réparation introduites sur le fondement de la Convention, cette disposition procédurale dispose en substance que la loi du tribunal saisi régit les causes de suspension et d'interruption des délais de prescription mais qu'une instance ne peut, en aucun cas, être introduite après un délai de trois ans à compter de la date à laquelle le débarquement du passager aurait dû avoir lieu. Or, dans la présente espèce, l'épouse du plongeur décédé avait engagé l'action en réparation au-delà d'une telle période, ce qu'ont reconnu les juridictions inférieures.

Pour traiter l'appel dont elle est saisie, la Cour suprême doit interpréter cette disposition litigieuse. Elle rappelle que l'objectif de ces conventions est de créer des règles internationales qui trouvent uniformément application dans les droits internes des Etats parties. C'est pourquoi il incombe aux juridictions internes d'interpréter ces conventions conformément à leur objet et au sens ordinaire des mots. La Cour confirme sur ce point que les juridictions britanniques ont développé une approche conforme aux méthodes prescrites par la Convention de Vienne afin d'identifier la signification généralement acceptée d'une disposition, au-delà des frontières du Royaume-Uni. Les travaux préparatoires sont reconnus comme une aide à cet égard, mais leur silence au sujet de la disposition litigieuse les prive d'utilité en l'espèce. Par un raisonnement quelque peu surprenant, la Cour suprême refuse néanmoins de donner un sens technique aux termes « suspension et interruption [de la prescription] » en tant qu'une telle signification serait propre aux systèmes de droit civil pour trois raisons. D'abord, elle considère que le choix d'une interprétation technique ne peut être approprié pour dégager le sens d'une convention qui peut trouver à s'appliquer dans un système de *common law*. Ensuite, elle relève que, même dans les systèmes de *civil law*, il n'existe pas de consensus dans l'usage du terme « suspension » d'une prescription. Enfin, retenir ici une interprétation technique donnerait lieu à de sérieuses anomalies. La question était de savoir si le

¹⁸ <https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2017-0103.html>

délai de prescription peut être suspendu pour un motif qui existait antérieurement à son point de départ (en l'occurrence, le fait que l'enfant du défunt était mineur avant le décès de son père) ou si cette suspension n'est possible que lorsque le motif surgit alors que le délai a commencé à courir. Selon la Cour, les termes de la disposition sont suffisamment larges pour couvrir les règles du for organisant la suspension d'un délai de prescription qui n'a pas commencé à courir. Et ce, quand bien même la disposition litigieuse énonce qu'une action ne peut en aucun cas être engagée après ce délai de trois ans. La Cour suprême donne ainsi une interprétation de l'article 16 de la Convention d'Athènes s'éloignant d'une signification perçue comme trop technique des termes employés, caractéristique selon elle des systèmes de *civil law*. Il en résulte certainement une application hétérogène d'une disposition procédurale pourtant déterminante, faute pour la Convention et les travaux préparatoires d'être suffisamment précis à ce sujet.

M. GRANGE

CORÉE. Cour suprême, 30 octobre 2018, 2013da61381¹⁹ —. Accord de règlement entre la Corée et le Japon. Droit à réparation des particuliers contre un Etat étranger et ses ressortissants 14

Ce jugement de la Cour suprême confirme la décision de la Cour d'appel de Séoul de 2013 faisant droit à l'action en réparation intentée à l'encontre de l'entreprise japonaise Nippon Steel Corporation par les victimes de la mobilisation et des travaux forcés du Japon pendant la Seconde Guerre mondiale. Dénommée alors Nippon Steel & Sumitomo Metal Corporation, cette entreprise, qui servait l'industrie de l'armement pendant la période coloniale, avait été condamnée en première instance à verser à chaque demandeur des dommages et intérêts à hauteur d'environ 76 000 euros. Pour rejeter son recours en appel, la Cour suprême s'est appuyée sur l'interprétation de l'accord signé le 22 juin 1965 relatif au règlement des problèmes se rapportant aux biens et revendications et la coopération économique entre la République de Corée et le Japon (*Agreement on the Settlement of Problem concerning Property and Claims and the Economic Cooperation between the Republic of Korea and Japan*). Cet accord de 1965 a pour objet la normalisation des relations bilatérales entre les deux Etats qui « confirment », à l'article 2 § 1, que « les questions relatives aux biens, aux droits et aux intérêts des deux Etats et de leurs ressortissants (y compris les sociétés), y compris celles prévues à l'article 4(a) du Traité de paix signé à San Francisco le 8 septembre 1951 avec le Japon, sont totalement et définitivement résolues » (traduction non officielle). Cette disposition a soulevé deux questions devant la Cour suprême : d'une part, l'action en dommages et intérêts pour les travaux forcés intentée contre la Nippon Steel Corporation devait-elle être traitée comme relevant du champ d'application de cet accord ; d'autre part, et dans l'affirmative, fallait-il considérer que cet accord faisait disparaître le droit des individus (victimes en l'espèce) de réclamer réparation à l'encontre du défendeur ou en tout cas s'opposait à sa reconnaissance ? La Cour suprême s'est placée sur le terrain des règles d'interprétation des traités telles que consignées par la Convention de Vienne sur le droit des traités, pour un résultat contrasté.

¹⁹ http://www.scourt.go.kr/sjudge/1540892085928_183445.pdf

La majorité a considéré que la réclamation n'était pas couverte par l'accord conclu en 1965, et pouvait donc être jugée. Elle a traité les préjudices invoqués comme n'en relevant pas, en tant que procédant de faits illicites et inhumains imputables à des entreprises japonaises en lien avec la colonisation de la péninsule coréenne et les actes d'agression commis par le Japon. En effet, l'histoire des négociations de cet instrument, combinée à l'absence de reconnaissance par le Japon de l'illicéité de sa colonisation, montrent selon elle qu'il n'a pas vocation à régler les situations résultant de la colonisation illicite du Japon mais à restaurer les relations bilatérales entre les deux Etats en application de l'article 4(a) du Traité de San Francisco. A l'inverse, cinq des treize juges de la Cour suprême ont considéré que les actions en réparation de particuliers en lien avec la colonisation étaient bien régies par cet accord, mais ont été divisés sur le point de savoir si cet accord avait fait disparaître le droit des individus. Parmi eux, deux ont traité cet instrument comme valant renonciation par la Corée de son droit d'action en protection diplomatique sans préjudice du droit à réparation des individus lésés, considérant par suite les victimes coréennes fondées à réclamer des dommages et intérêts contre le Japon ou ses ressortissants par la voie d'une procédure judiciaire. Les trois autres juges minoritaires ont estimé que l'exercice par les victimes de leur droit à réparation est fermé par l'article 2 § 3 de l'accord de 1965 qui prévoit qu'aucune revendication ne peut être faite par un ressortissant d'une partie à l'encontre de l'autre partie ou de ses ressortissants.

Après le rendu du jugement de la Cour suprême en 2018, les demandeurs ont sollicité son exécution du juge coréen contre l'opposition du gouvernement japonais. La tension entre la Corée et le Japon persiste depuis.

H. J. KIM

ITALIE. Cour de cassation (I^{ère} section civile), 14 novembre 2018, *Pietro Palmieri e altri c. Banca popolare di Milano*, n°29354²⁰ —. Recours parallèles devant des tribunaux interne et international. Identité de litige. Interprétation de la Convention CIRDI 15

Etait portée devant la Cour de cassation italienne une action en nullité d'un contrat entre un investisseur et la Banque populaire de Milan pour défaut de forme écrite. Il s'agissait d'un contrat relatif à la prestation de services d'investissement et l'acquisition d'obligations argentines. Le jugement de première instance avait accueilli la demande des héritiers de l'investisseur et condamné le défendeur à la restitution du capital investi. Celui rendu en appel en revanche avait reconnu l'existence d'une cause empêchant la poursuite de l'action, à savoir la tenue d'une procédure devant le Centre international pour le règlement des différends en matière d'investissement entre une association d'investisseurs à laquelle les requérants avaient adhéré et la République argentine. De l'avis de la Cour d'appel, dès lors que les deux procédures poursuivaient le même objet, à savoir la restitution du capital investi, leur coexistence entraînait le risque d'une duplication de la protection. Saisie contre cet arrêt, la Cour de cassation était donc appelée à se prononcer à propos de la relation entre les procédures interne et internationale ainsi que sur les critères de l'identité de litige.

²⁰ *Rivista di diritto internazionale*, vol. 102, n°1, 2019, pp. 298-305.

En concluant à la recevabilité de la procédure interne, elle contribue à mettre en évidence les différences entre les deux affaires du point de vue de leurs parties, de leur objet et de leur fondement juridique. Se référant à l'article 26 de la Convention de Washington, ainsi qu'à la loi interne de ratification et d'exécution de cet instrument, la Cour interprète la renonciation à d'autres formes de recours découlant de l'acceptation de l'arbitrage comme étant nécessairement circonscrite aux procédures ayant les mêmes parties et dont les demandes sont susceptibles d'être accueillies dans la procédure arbitrale. Or, s'agissant de l'aspect subjectif, le juge de cassation remarque que les parties à la procédure internationale sont l'association et l'Etat argentin tandis que, dans la procédure interne, les héritiers de l'investisseur ont agi contre la banque intermédiaire. En ce qui concerne l'objet des demandes, la réclamation internationale poursuit la réparation des dommages subis par les membres de l'association et l'action interne recherche la nullité du contrat et, à ce titre, la restitution du capital. Pour ce qui est, enfin, du fondement juridique des demandes, l'une tire grief de violations d'un accord international protégeant des investisseurs alors que l'autre invoque les vices du contrat.

G. MARINO

MEXIQUE. Troisième Tribunal Collégial du vingt-septième circuit, *tesis aisladas* du 25 janvier 2019, « Le droit humain à la consultation préalable des personnes et des peuples autochtones. Contenu et importance », « Le droit humain à la consultation préalable des personnes et des peuples autochtones. Son fondement constitutionnel et conventionnel en matière de biodiversité, de conservation et de durabilité écologique »²¹ —. Droit à la consultation préalable des peuples autochtones. Droit à l'autodétermination. Préservation de l'environnement. Obligations de l'Etat en vertu de la Convention 169 de l'Organisation internationale du Travail et de la Convention de 1992 sur la biodiversité 16

Dans un contexte national et international fortement marqué par la crise climatique et de nombreux conflits liés à l'accès aux ressources naturelles, le Tribunal collégial mexicain a rendu deux *tesis aisladas* du même jour destinées à renforcer la protection du droit à la consultation préalable des peuples autochtones tout en tenant compte du rôle majeur qu'ils jouent dans la préservation de l'environnement et de la biodiversité.

Par la première, le juge présente la consultation préalable des peuples autochtones comme un « droit humain » qui cherche à assurer la pleine participation de ces peuples à la prise de décisions susceptibles d'affecter leur vie de manière significative, en vertu autant de l'article 2 de la Constitution mexicaine (relatif, entre autres, au droit des peuples autochtones à l'autodétermination) que de la Convention n° 169 de l'OIT relative aux peuples indigènes et tribaux dont plusieurs dispositions énoncent expressément le devoir étatique de garantir des consultations préalables,

²¹ <https://sjf.scjn.gob.mx/SJFSem/Paginas/DetalleGeneralScroll.aspx?id=28282&Clase=DetalleTesisEjecutorias> Conformément à la Loi de *Amparo* mexicaine, la Cour Suprême de Justice de la Nation ainsi que les Tribunaux Collégiaux de Circuit sont à l'origine d'une jurisprudence qui s'impose aux autres tribunaux. Sur les *tesis aisladas* ou « décisions uniques », voy. cette *Revue*, 2017-4, p. 1189.

libres et informées (art. 6, 15, 22, 27 et 28). Le Tribunal réaffirme ainsi l'importance de ce droit, en tant que mécanisme visant à assurer l'égalité de participation des personnes et des peuples autochtones, ainsi que son rôle pour la protection de leur droit à l'autodétermination et d'autres droits connexes, tels que les droits fonciers et les droits culturels qu'ils détiennent sur leurs territoires ancestraux. Cette interprétation est conforme au raisonnement suivi par un arrêt rendu en 2016 par la Cour suprême mexicaine, établissant que l'exercice du droit à la consultation des peuples autochtones est nécessaire pour garantir la protection des droits susmentionnés, tout en circonscrivant l'obligation de l'Etat de mener des consultations lorsque « l'activité étatique est susceptible d'entraîner des impacts significatifs sur leurs vies ou leur environnement »²².

Par sa seconde décision, le Tribunal collégial précise encore que, pour combattre effectivement l'exclusion politique et sociale à laquelle les peuples et personnes autochtones ont été historiquement surexposés, leur « droit humain à la consultation » doit être mis en œuvre au moyen de procédures préalables à toute mesure « susceptible de frapper ce groupe vulnérable [...] informées, culturellement adéquates, [et établies] de bonne foi ». En ce sens, le Tribunal entérine les critères établis par la Cour suprême mexicaine en 2016 concernant les exigences pour la mise en place d'une procédure de consultation conformément aux standards internationaux en la matière. Puis, en réaffirmant son engagement en faveur de la protection des groupes vulnérables et de l'environnement, il pose que les opérateurs juridiques doivent également tenir compte des obligations incombant aux Etats en vertu de la Convention sur la diversité biologique de 1992 afin de protéger pleinement le droit à la consultation de ces peuples. Conformément à cet instrument ainsi qu'à la Convention n° 169 de l'OIT, les Etats ont selon lui « l'obligation générale » de prendre des mesures « en coopération avec les peuples intéressés, afin de protéger et de préserver l'environnement des territoires qu'ils habitent » et la valeur qu'ils accordent aux ressources indispensables à leur subsistance et leurs cultures. Le Tribunal rappelle en ce sens aux autorités nationales qu'elles sont tenues de respecter ce droit à la participation des peuples autochtones et les obligations juridiques qui en découlent, tout en mettant en lumière qu'ils « possèdent les connaissances, l'audace et l'expérience nécessaires pour la conservation et l'utilisation durable de la biodiversité » et sont, de ce fait, des agents essentiels pour la préservation de l'environnement.

A. RIVERA MALDONADO

²² Cour suprême de Justice de la Nation (Deuxième Chambre), *tesis aislada* du 24 juin 2016, « Peuples et communautés autochtones. Le critère de l'impact significatif constitue l'élément essentiel pour que le droit à être consulté soit applicable ». La Cour retenait notamment les cas où ces peuples ou personnes sont confrontés à l'expulsion ou à la perte de leurs terres, à l'épuisement des ressources nécessaires pour garantir leur subsistance quotidienne ou leurs modes de vie, à la destruction ou à la pollution de l'environnement dans lequel ils habitent, à la transformation de leurs modes d'organisation sociale et communautaire ou aux menaces qui pourraient compromettre leur santé.

II. SITUATION INTERNE
DES DÉCISIONS JURIDICTIONNELLES INTERNATIONALES

Exécution ou prise en considération de décisions judiciaires

RUSSIE. Cour constitutionnelle, décision du 18 juin 2019 N24-Π sur la constitutionnalité de certains articles de la Loi fédérale sur les réunions et manifestations ²³ —. Prise en considération de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme aux fins de l’interprétation de la Constitution	17
--	----

Les articles de la Loi fédérale du 19 juin 2004 qui étaient contestés devant la Cour constitutionnelle mettent à la charge des organisateurs de manifestations d’assurer le maintien de l’ordre public au cours de celles-ci et soumettent leurs demandes d’autorisation à l’exposition préalable par ces derniers des méthodes qu’ils envisagent pour ce faire. Après avoir rappelé que la liberté de réunion pacifique relève en vertu de l’article 31 de la Constitution des droits fondamentaux et inaliénables des particuliers, que, par suite, d’éventuelles restrictions imposées par le législateur fédéral ne sauraient porter atteinte à l’essence même de ce droit, la Cour indique que cette approche est conforme aux principes de droit international généralement reconnus et codifiés dans la Déclaration universelle des droits de l’homme, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et la Convention européenne des droits de l’homme. Elle passe alors en revue la jurisprudence de la Cour européenne sur ce thème dont elle dégage plusieurs conclusions pertinentes destinées à servir l’interprétation de la Constitution nationale.

D’une part, la liberté de réunion est un droit fondamental qui n’est par suite pas susceptible d’une interprétation restrictive (*Kokkinakis c. Grèce* de 1993, *Djavit An c. Turquie* de 2003, *Sergei Kuznetsov c. Russie* de 2008, *Barraco c. France* de 2009) et ne souffre que d’exceptions établies par la loi, exhaustives et strictement conçues (*Sidiropoulos c. Grèce* de 1998, *Svyato-Mykhaylivska Parafiya c. Ukraine* de 2007). Il en résulte que l’application des règles encadrant l’exercice des réunions publiques, y compris l’obligation de notification préalable, ne saurait créer des obstacles cachés à l’exercice de ce droit (*Buka c. Hongrie* de 2007, *Kasparov c. Russie* de 2013). D’autre part, la liberté de réunion ne se réduit pas à la non-ingérence de l’Etat. Elle comporte une obligation positive incombant aux autorités publiques de garantir l’exercice effectif de ce droit par les particuliers, avec la tenue régulière des manifestations projetées (*Wilson and the National Union of Journalists c. Grande-Bretagne* de 2002, *Parti Politique Ouranio Toxo c. Grèce* de 2005, *Alekseev c. Russie* de 2010, *Lashmankin c. Russie* de 2017), les personnes en charge de l’organisation de manifestations ne devant elles être impliquées dans le maintien de l’ordre public que dans la mesure de leurs capacités. Dès lors, selon l’approche retenue par la Cour européenne dans plusieurs affaires ayant mis la Russie en cause (*Barankevich c. Russie* de 2007, *Frumkin c. Russie* de 2016 et *Zinovyeva c. Russie* de 2019), l’appréciation par les autorités de la notification préalable de la manifestation

²³ <http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision408656.pdf>

ne saurait s'opérer en considération d'une obligation des organisateurs d'assurer l'ordre public. En application de l'article 18 de la Constitution selon lequel le contenu et la mise en œuvre des lois ainsi que les activités des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire sont définis par les droits et libertés de l'homme et du citoyen, la responsabilité principale d'assurer l'ordre public et la sécurité au cours des manifestations revient aux organes exécutifs des subdivisions de la Fédération de Russie. En l'absence de raisons objectives et sérieuses tirées des nécessités résultant de l'ordre public pour refuser la tenue d'une manifestation, il appartient aux autorités de tout faire pour que la manifestation ait lieu à l'endroit et à la date prévue, plutôt que se retrancher derrière l'insuffisance de garanties données par les organisateurs pour justifier l'impossibilité de son organisation. Sur cette base, le juge constitutionnel conclut que les articles contestés de la Loi ne sont pas contraires à la Constitution mais que les jugements des cours inférieures déboutant le demandeur doivent être reconsidérées à la lumière des principes d'interprétation qu'il a dégagés.

M. GRITSENKO

Nota. Sur l'autorité « interprétative » de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, voy. également la décision de la Cour constitutionnelle italienne du 20 juin 2018, n°8 ; et sa prise en compte pour interpréter les traités relatifs aux droits de l'homme dans le contentieux de l'extradition, la décision de la Cour d'appel de Nouvelle-Zélande et celle de la Cour suprême de Suède (*infra*, n°24). Sur les effets internes des constatations des comités conventionnels rattachés aux Nations unies, voir *supra* n°3, arrêt du 1^{er} septembre 2018 du Tribunal supérieur électoral du Brésil (à propos du caractère non contraignant des recommandations du Comité des droits de l'homme des Nations unies) et n°12, arrêt du 24 juillet 2018 de la Cour constitutionnelle allemande (à propos des observations du Comité des droits des personnes handicapées).

Exécution de sentences arbitrales par un Etat tiers

AUSTRALIE. Cour fédérale, arrêt du 8 août 2019, *Infrastructure Services Luxembourg S.A.R.L c. Espagne*, [2019] FCA 1220²⁴ —. Exécution d'une sentence arbitrale (CIRDI) et suspension de ses effets au titre d'un recours en annulation. Incorporation (dualiste) du droit international. Nécessité d'une interprétation harmonieuse des dispositions d'un même traité 18

L'affaire *Infrastructure Services Luxembourg c. Espagne* fut pour la Cour fédérale d'Australie l'occasion de montrer une certaine volonté de cohérence avec les solutions retenues par le droit international et ses juridictions. Sans nul doute d'autres juges auraient pu être tentés par des velléités d'autonomie sur ces questions.

L'affaire soumise à la Cour portait notamment sur le maintien de la suspension des effets d'une sentence arbitrale rendue par un tribunal CIRDI et ayant condamné l'Espagne dans le cadre de l'une des multiples affaires liées à la loi sur les énergies renouvelables. La sentence ayant été l'objet d'un recours en annulation accompagné d'une demande de suspension, ses effets avaient été provisoirement neutralisés comme il est prévu par la Convention de Washington. L'art. 52(5) de celle-ci

²⁴ <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10735.pdf>

organise en effet la suspension automatique des sentences faisant l'objet d'un recours en annulation accompagné d'une demande de suspension jusqu'à ce que le comité *ad hoc* ait pu se prononcer sur cette dernière. Or l'article 54 de la même Convention prévoit dans le même temps l'obligation pour les Etats parties d'exécuter les sentences dans les mêmes conditions que serait exécuté un jugement d'une juridiction interne. C'est l'articulation entre ces deux exigences qui était en cause ici – étant entendu que la décision fut rendue dans le cadre de multiples péripéties procédurales en lien avec la mise en œuvre de la sentence arbitrale.

En Australie, la Convention CIRDI a été incorporée dans le droit interne via la loi sur l'arbitrage international. En conséquence, ses dispositions ont une valeur législative en droit australien (§ 26). L'articulation entre le caractère exécutoire des sentences CIRDI et la suspension de l'une d'entre elles aurait donc pu se résumer à une question d'application de dispositions législatives australiennes. Néanmoins, la Cour s'appuya avec raison sur le raisonnement déjà tenu par le comité *ad hoc* dans l'affaire *MINE c. Guinée* suivant lequel la suspension automatique prévue par l'art. 52(5) emporte implicitement une suspension des obligations prévues à l'art. 54 sans quoi les deux dispositions seraient simplement incompatibles (§ 29). Faisant sien ce raisonnement *a priori* peu contestable, la Cour fédérale australienne jugea donc que les articles 52 et 54 « *have to be read and understood together, and that is the only logical way of reading them in harmony* » (§ 30). Toutefois, si les raisons avancées et le résultat atteint sont incontestables, il aurait été profitable que la Cour développe ce dernier point, notamment à la lumière des principes d'interprétation des traités. Il est vrai que, formellement, les dispositions en question étaient législatives mais il s'agissait matériellement de normes conventionnelles. En conséquence, les principes de la Convention de Vienne auraient pu trouver à s'appliquer. Il aurait été d'autant plus intéressant de les convoquer qu'ils ne comportent pas, en tout cas pas explicitement, de principe d'interprétation harmonieuse des dispositions d'un traité. Il est évident cependant qu'au sein d'un même texte, le sens qui doit être retenu doit être celui qui permet d'éviter les incompatibilités éventuelles entre les différentes dispositions mais cette règle ne figure pas explicitement dans la Convention de Vienne. De ce point de vue, cette décision montre que l'interprétation des traités par les juges internes peut être aussi l'occasion de formaliser des méthodes qui pourraient être d'une grande utilité au juge international susceptible d'être confronté à des questions similaires.

A. DE NANTEUIL

Nota. Sur l'immunité de l'Etat dans le cadre de procédures d'exécution d'une sentence arbitrale : voir *infra* n°21, l'arrêt du 10 août 2019 du Tribunal d'arrondissement du Luxembourg dans l'affaire *Diag Human S.E. c. République tchèque*, ainsi que n°22, la décision rendue le 25 janvier 2019 par la Cour Suprême d'Ukraine.

Contrôle de la validité et de l'annulation de sentences arbitrales

ALLEMAGNE. Cour fédérale, décisions du 31 octobre 2018, *République slovaque c. Achmea BV* (I ZB 2/15)²⁵, et du 24 janvier 2019 (I ZB 2/15)²⁶ — Arbitrage international intra Union Européenne.
Inapplicabilité en droit allemand de traités contraires au droit de l'UE 19

Par la décision du 31 octobre 2018, la Cour fédérale a conclu à l'inapplicabilité des clauses d'arbitrage incluses sous les traités bilatéraux d'investissement entre des Etats membres de l'Union européenne, en vertu desquelles un investisseur de l'un de ces Etats peut introduire une procédure d'arbitrage contre l'autre Etat. Les éléments de l'affaire sont connus. Une sentence arbitrale rendue le 7 décembre 2012 sur le fondement du Traité bilatéral d'investissement conclu en 1992 entre les Pays-Bas et la Tchécoslovaquie (à laquelle la Slovaquie a succédé) avait accordé des dommages-intérêts à hauteur de plus de 22 millions d'euros à un investisseur néerlandais en réparation d'un préjudice résultant de la violation du traité à son encontre par la Slovaquie. La Slovaquie avait contesté la compétence du tribunal arbitral au regard des articles 344, 267 et 18 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne devant les juridictions allemandes, qui avaient alors saisi la Cour de justice de l'Union d'une question préjudicielle à ce sujet. Cette dernière a à son tour décidé le 6 mars 2018 que : « Les articles 267 et 344 TFUE doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une disposition contenue dans un accord international conclu entre les Etats membres, telle que l'article 8 de l'accord sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements entre le Royaume des Pays-Bas et la République fédérale tchèque et slovaque, aux termes de laquelle un investisseur de l'un de ces Etats membres peut, en cas de litige concernant des investissements dans l'autre Etat membre, introduire une procédure contre ce dernier Etat membre devant un tribunal arbitral, dont cet Etat membre s'est obligé à accepter la compétence. ». Sur ce fondement, la Cour fédérale a annulé la décision du tribunal régional supérieur de Francfort qui avait rejeté la requête de la Slovaquie. La requête contre cette décision de la Cour fédérale, introduite par l'investisseur néerlandais sur le fondement de la violation du droit à un recours effectif et la confiance légitime, a été rejetée par la même Cour le 24 janvier 2019 en tant que, selon elle, les investisseurs pouvaient agir devant les juridictions slovaques pour faire valoir leurs droits.

Le juge allemand met ainsi en avant que l'Union européenne forme aussi une communauté de droit et que les juridictions arbitrales en matière d'investissements étrangers mais au sein de l'Union européenne n'ont plus de raison d'être. Il souligne la primauté du droit de l'Union régissant les relations entre Etats membres sur toute autre norme conventionnelle ou coutumière contraire comme procédant du consentement donné à cet effet lors de leur adhésion à l'Union, entraînant non pas la nullité mais l'inapplicabilité interne de ces dispositions contraires au droit de l'Union, l'impossibilité par suite pour les justiciables de s'en prévaloir et l'annulation de toute décision prise sur leur fondement, en l'occurrence la sentence arbitrale du 7 décembre 2012.

A.-M. THÉVENOT-WERNER

²⁵ *Wertpapiermitteilungen. Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht*, 2018, p. 2294 s.

²⁶ ECLI:DE:BGH:2019:240119BIZB2.15.0.

III. DROIT DES IMMUNITÉS

Immunités de l'Etat

ETATS-UNIS. Cour de district du District Sud de New York (Swain, *district judge*), 6 mars 2019, *Vekuii Rukoro et al. c. République fédérale d'Allemagne*²⁷ —. Immunité de juridiction de l'Etat étranger. Portée du *Foreign Sovereign Immunities Act*. Exceptions relatives à l'activité commerciale et à l'expropriation 20

A partir de 1884, l'Allemagne a envahi le sud-ouest africain et établi la colonie du même nom – l'actuelle Namibie – sur le territoire de peuples indigènes tels que les Ovahereros (ou Hereros) et les Namas. De 1904 à 1909, l'Allemagne a mené une campagne d'extermination de ces deux peuples, au moyen notamment de camps de concentration. Cette entreprise a été qualifiée de génocidaire par la Commission des droits de l'homme du Conseil économique et social des Nations Unies en 1985 et a été reconnue par l'Allemagne, qui en négocie la réparation avec la Namibie depuis 2016. Des membres et des descendants de membres de ces peuples, de diverses nationalités dont américaine, ont saisi, sur le fondement de l'*Alien Tort Statute*, la justice américaine d'une *class action* visant principalement à obtenir, outre leur reconnaissance en tant que « successeurs légitimes de nations souveraines », la condamnation de l'Allemagne à les indemniser du génocide et des spoliations subis. L'Allemagne, plaidant l'incompétence de la juridiction, invoquait en particulier l'immunité de juridiction garantie en principe aux souverains étrangers par le *Foreign Sovereign Immunities Act* (« *FSIA* »), dont les requérants répliquaient que deux exceptions, relatives à l'activité commerciale et à l'expropriation, trouvaient à s'appliquer en l'espèce. Aucune des deux ne sera retenue par la juge Swain.

La première exclut l'immunité de juridiction de l'Etat étranger lorsque l'action en justice a pour fondement factuel « *an act outside the territory of the United States in connection with a commercial activity of the foreign state elsewhere and that act causes a direct effect in the United States* » (Sec. 1605(a)(2) du *FSIA*). Les requérants identifiaient bien une activité commerciale de l'Allemagne pendant la période litigieuse dans la construction d'une voie ferrée dans le sud-ouest africain et dans la vente et l'exposition d'ossements de Hereros et de Namas. Mais, d'une part, l'action des requérants était fondée sur des faits d'expropriation et d'extermination qui ne comprenaient pas les activités commerciales identifiées, et d'autre part, à supposer même que le comportement reproché à l'Allemagne fût lié à une activité commerciale, les requérants ne rapportaient pas la preuve d'un « effet direct » de ce comportement aux Etats-Unis : la résidence de certains requérants – *i.e.* de victimes du comportement – aux Etats-Unis ne suffit pas, et la présence d'ossements de Hereros et de Namas à l'*American Museum of Natural History* de New York, seraient-ils des biens expropriés, n'est pas la conséquence immédiate des actes illicites commis par l'Allemagne dans le sud-ouest africain puisque ces ossements ont été vendus au musée américain par un anthropologue, et non par l'Etat allemand, et en 1924, soit des années après les actes illicites.

²⁷ <https://www.courtlistener.com/recap/gov.uscourts.nysd.467192/gov.uscourts.nysd.467192.64.0.pdf>

La seconde, énoncée à la section 1605(a)(3) du *FSIA*²⁸, renverse la présomption d'immunité de juridiction si le requérant démontre que (i) des droits de propriété sont en jeu, (ii) ces droits ont été saisis (« *taken* »), (iii) cette saisie est contraire au droit international, et soit (iv) le bien exproprié, ou le bien échangé contre le bien exproprié, est présent aux Etats-Unis en lien avec une activité commerciale de l'Etat étranger, soit (iv bis) ce bien, ou le bien échangé, appartient ou est exploité par un organisme de l'Etat étranger qui mène une activité commerciale aux Etats-Unis. Le juge américain, qui admet *arguendo* que les requérants démontrent de manière suffisante que l'Allemagne a saisi des droits de propriété en violation du droit international – la jurisprudence d'autres circuits affirme que les spoliations résultant d'un génocide sont des saisies violant le droit international au sens de la section 1605(a)(3) du *FSIA* –, estime également qu'ils ont rapporté des indices, crédibles dans la mesure où aucun des faits allégués dans la requête n'a été contesté par l'Allemagne, de ce que des biens échangés contre des biens confisqués aux Hereros et aux Namas se trouvent aux Etats-Unis. L'Allemagne possède en effet à New York quatre immeubles acquis, via le budget du Trésor allemand, grâce aux liquidités obtenues de la vente et de la location des terres, du bétail et d'autres biens dont elle avait exproprié les Hereros et les Namas (p. 16). Mais les requérants échouent à vérifier l'ultime critère de la section 1605(a)(3) du *FSIA*, à savoir que ces quatre immeubles situés aux Etats-Unis – occupés par des diplomates allemands à titre de résidence privée, par le consulat d'Allemagne et par des organismes de diffusion de la culture allemande tels que l'Institut Goethe –, le seraient en lien avec (« *in connection with* ») une activité commerciale de l'Allemagne. Ils invoquaient deux activités auxquelles ces immeubles donneraient lieu : l'exécution de divers contrats privés (bail, maintenance, assurance), et la diffusion de la culture allemande, présentée par les requérants comme ayant pour objectif premier, en stimulant l'intérêt américain pour l'Allemagne, la croissance commerciale par l'expansion culturelle. Le tribunal juge qu'aucune d'entre elles n'est commerciale au sens du *FSIA* : la première n'est qu'incidente à l'exploitation d'immeubles dont la fonction première – donc la seule dont le juge doit tenir compte suivant la théorie restrictive de l'immunité retenue par le *FSIA* – n'est pas commerciale ; la seconde est généralement considérée, par la dimension diplomatique du rayonnement culturel, comme souveraine, ne présentant pas au fond les caractères de la commercialité que sont l'achat/vente de produits ou services, ou l'aptitude à réaliser un profit.

R. PIÉRI

²⁸ L'hypothèse ici est celle « *in which rights in property taken in violation of international law are in issue and that property or any property exchanged for such property is present in the United States in connection with a commercial activity carried on in the United States by the foreign state; or that property or any property exchanged for such property is owned and operated by an agency or instrumentality of the foreign state and that agency or instrumentality is engaged in a commercial activity in the United States* ».

LUXEMBOURG. Tribunal d'arrondissement, arrêt du 10 août 2019 n°142988, *Diag Human S.E. c. République tchèque*²⁹ —. Immunité de juridiction et d'exécution de l'Etat dans le cadre de l'exécution d'une sentence arbitrale. Exigence du caractère non équivoque de la renonciation. Droit international coutumier 21

Comme de nombreux juges internes, les juridictions luxembourgeoises sont régulièrement confrontées à des questions en lien avec l'immunité des Etats étrangers dans le cadre de procédures d'exécution. En l'espèce, la société Diag Human cherchait à faire exécuter une sentence obtenue contre la République tchèque en 2008, et qui avait obtenu l'exequatur au Luxembourg en 2011. La République tchèque s'y opposait au nom de « l'immunité de juridiction et d'exécution dont elle bénéficierait en vertu du droit international public ». Elle invoquait à cet égard, de manière on ne peut plus étonnante, la Convention européenne sur l'immunité des Etats signée à Bâle en 1972 à laquelle elle n'était pas partie ... mais qu'elle jugeait applicable car le Luxembourg l'avait ratifiée de son côté ! Sur ce point, le Tribunal répondra d'ailleurs fermement – comme il était attendu – sous la forme d'un *obiter dictum* laconique : « Afin d'être complet, le Tribunal relève que la République tchèque ne saurait invoquer les dispositions de la Convention européenne sur l'immunité des Etats conclue à Bale le 16 mai 1972, dans la mesure où elle n'y est pas partie » (p. 9).

On pourra alors se demander sur quel fondement le juge luxembourgeois a réellement statué, faute de précisions claires à cet égard dans sa décision. Sans doute s'agit-il des règles du droit international général mais on peut là aussi relever l'absence de mention de la Convention des Nations unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens adoptée en 2004 qui n'est certes pas en vigueur mais peut être considérée, au moins pour certaines de ses dispositions, comme le reflet du droit coutumier. Quoi qu'il en soit, cette incertitude n'a nullement empêché le Tribunal d'affirmer un certain nombre d'éléments en forme de principes – qui, au demeurant, sont assez peu contestables. S'agissant de l'immunité de juridiction, le Tribunal indique ainsi, après avoir rappelé la signification du concept même d'immunité, que « [l']immunité de juridiction est un privilège auquel l'Etat ou l'entité qui en bénéficient peuvent renoncer. La renonciation doit être certaine et non équivoque ; elle peut être expresse ou implicite et être déduite des circonstances. La renonciation à l'immunité de juridiction peut notamment résulter de clauses contractuelles manifestant la volonté certaine de renoncer au bénéfice de l'immunité ou encore de la comparution du bénéficiaire de l'immunité comme défendeur au procès, tout en n'opposant pas son immunité et en acceptant le débat au fond » (p. 8). S'agissant plus spécifiquement de l'immunité d'exécution, le Tribunal rappelle également certains principes bien ancrés – et notamment le fait que le renoncement à l'immunité de juridiction ne signifie pas renoncement à l'immunité d'exécution (*id.*). La mise en œuvre de ces principes ne soulèvera par la suite pas de grande difficulté. En particulier, les termes de la clause compromissoire semblent sans ambiguïté sur le fait que les parties s'étaient engagées à reconnaître la dimension exécutoire de la

²⁹ <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10719.pdf>

sentence et la possibilité de son exécution matérielle. Le Tribunal a donc vu dans cet engagement un renoncement non équivoque à l'immunité, dont la République tchèque ne pouvait par suite plus invoquer le bénéfice.

Cette décision appelle assez peu de remarques puisqu'elle est somme toute assez classique. Mais elle n'en est pas moins intéressante pour le droit international des immunités en ce qu'elle constitue une réaffirmation de certains principes coutumiers, sans référence explicite au droit international général pour autant. De ce point de vue, on peut y voir à la fois le signe de ce que le droit international des immunités est désormais suffisamment établi (au moins pour les principes qui étaient en cause ici, à savoir le principe d'une renonciation possible à l'immunité d'exécution mais qui doit alors se faire en des termes non équivoques) pour pouvoir être appliqué comme tel dans les ordres juridiques internes et la manifestation d'une « pratique cohérente et répétée » confirmant l'existence d'une règle coutumière.

A. DE NANTEUIL

UKRAINE. Cour Suprême, décision du 25 janvier 2019, N796/165/18³⁰ —.

Immunité d'exécution de l'Etat devant le juge d'appui dans le cadre de l'exécution d'une sentence arbitrale (CPA). Appréciation (souple) du caractère « expresse » de la renonciation. Biens étatiques soumis aux mesures d'exécution 22

Au titre de l'exécution de la sentence arbitrale rendue le 2 mai 2018 par un tribunal arbitral constitué sous les auspices de la Cour Permanente d'Arbitrage sur le fondement de l'Accord de 1998 sur la protection des investissements entre la Russie et l'Ukraine, condamnant la Fédération de Russie à dédommager la société Everest et autres, demandeurs de nationalité ukrainienne dont les biens se trouvaient en Crimée au moment de sa prise de contrôle par la Russie, la Cour d'appel de la ville de Kiev avait ordonné des mesures provisoires ainsi que l'exécution forcée de la sentence arbitrale contre les biens de trois banques russes opérant en Ukraine (voir cette *Revue* 2018-4, p. 1074). La Cour Suprême a confirmé l'exécution de la sentence arbitrale mais a modifié le champ d'application des mesures provisoires contre les banques.

Avant de se prononcer sur les immunités d'exécution de l'Etat russe, le juge suprême ukrainien a confirmé la compétence des cours ukrainiennes pour ordonner l'exécution de la sentence, la détention de biens par la Russie sur le territoire ukrainien (tels des biens militaires dans la zone provisoirement occupée) étant un fait avéré que la Russie n'a en outre pas contesté : par une lettre en date du 3 septembre 2018, le ministre de la Justice russe avait déclaré que les biens et propriétés russes sur le territoire ukrainien étaient protégés par une immunité. Sur cette base, la Cour suprême a conclu que la recherche des biens susceptibles de faire l'objet d'une saisie au titre de l'exécution de la sentence pouvait se réaliser au stade de l'exécution de celle-ci.

³⁰ <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10332.pdf>.

La Cour a considéré que, par la clause d'arbitrage contenue dans l'Accord de 1998 sur la protection des investissements entre la Russie et l'Ukraine, la Fédération de Russie avait *ipso facto* renoncé à son immunité à l'égard des mesures de contrainte antérieures et postérieures à un jugement ordonnant l'exécution d'une sentence rendue sur le fondement de cet accord. Elle s'est appuyée sur l'article 19 de la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens de 2004, selon lequel aucune mesure de contrainte postérieure au jugement ne peut être prise contre des biens d'un Etat en relation avec une procédure intentée devant un tribunal d'un autre Etat excepté si l'Etat a expressément consenti à l'application de telles mesures par un accord international, une convention d'arbitrage ou un contrat écrit, ou encore par une déclaration faite après la survenance du différend. La Fédération de Russie est signataire de la Convention de 2004 à l'inverse de l'Ukraine ; instrument non en vigueur mais traité par la Cour suprême, s'appuyant sur le jugement de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Oleinikov c. Russie*, comme exprimant des règles de droit coutumier international. C'est surtout l'application qu'elle en fait à l'espèce qui est surprenante, voyant dans la clause d'arbitrage une renonciation « expresse » de la Russie à son immunité d'exécution, là où l'Ukraine avait soutenu, dans une affaire similaire devant les cours russes, que la même clause d'arbitrage ne valait pas renonciation par l'Ukraine à son immunité de juridiction aux fins de la reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale sur le territoire russe (voir les décisions de la Cour d'arbitrage de la ville de Moscou du 4 juillet 2017 et 22 juin 2018, et celles de la Cour d'arbitrage du district de Moscou du 29 août 2017 et du 2 août 2018, dans l'affaire *Tatneft c. Ukraine*, cette *Revue*, 2018-4, pp. 1105-1106). La Cour suprême a néanmoins estimé que la saisie des biens de trois banques russes (*Sberbank, Vnesheconombank* and *Prominvestbank*) au titre de l'exécution de la sentence empiétait sur les droits de leurs autres actionnaires, et que le jugement de la Cour d'appel devait donc être modifié pour ne s'appliquer qu'aux biens appartenant directement à la Fédération de Russie.

Le 12 juin 2019, la Cour de la Haye a refusé de surseoir à l'exécution de la sentence arbitrale en dépit du recours en annulation introduit par la Russie. Et le 20 juin 2019, *Vnesheconombank*, l'une des trois banques visées par les décisions ukrainiennes, a intenté une procédure d'arbitrage contre l'Ukraine devant la Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm.³¹ Une semaine plus tard, le 27 août, l'arbitre nommé d'urgence aurait apparemment interdit à l'Ukraine de vendre les actions de la *Vnesheconombank* qu'elle avait saisies.³²

M. GRITSENKO

³¹ Rapporté par iareporter.com ; la requête d'arbitrage n'a pas été publiée.

³² Rapporté par iareporter.com et la presse. La décision de l'arbitre n'a pas été rendue publique.

Immunités des organisations internationales

ÉTATS-UNIS. Cour suprême, 27 février 2019, *Jam c. International Finance Corp.*, n° 17–1011 (586 U.S. [2019])³³ —. Champ d'application matériel de l'immunité juridictionnelle (nature des activités litigieuses). Actes de gestion des organisations internationales au sens du droit américain. Caractère « supplétif » de la loi par rapport au traité constitutif 23

La Société financière internationale (S.F.I.), institution du groupe Banque mondiale dont l'activité concerne exclusivement le secteur privé, a accordé un prêt d'un montant de quatre cent cinquante millions de dollars (US) à la société indienne Coastal Gujarat Power Limited (CGPL), une filiale de Tata Power, aux fins de la construction d'une centrale électrique au charbon. Au titre de l'accord de prêt, la S.F.I. est en charge du suivi de l'activité de la société bénéficiaire et contrôle le respect par celle-ci des obligations qu'elle lui impose dans le domaine social et environnemental notamment. Alléguant plusieurs atteintes à l'environnement par la société bénéficiaire, des ressortissants indiens issus de la société civile ont saisi le médiateur de la S.F.I., qui a tranché en leur faveur en constatant des manquements aux exigences imposées par la S.F.I. sans toutefois être en mesure de contraindre celle-ci à en tirer des conclusions quant à la poursuite du projet ou à la réparation des dommages entraînés. Les requérants se sont alors tournés vers les tribunaux américains qui leur ont opposé l'*International Organizations Immunities Act (IOIA)* de 1945. La Cour suprême fut saisie de la question de savoir s'il convient d'interpréter l'*IOIA* comme intégrant la distinction entre les actes de gestion et les actes de puissance publique insérée dans la loi relative aux immunités des Etats à laquelle renvoie l'*IOIA*. La difficulté résidait en ce que l'immunité des Etats à laquelle renvoie l'*IOIA* était absolue en 1945 mais est devenue relative et limitée aux actes de puissance publique dès 1952.

En procédant à un revirement de jurisprudence remarquable, la Cour suprême américaine semble avoir entendu l'appel provenant de nombreuses voix au sein de la doctrine et de la société civile, reflétées notamment dans l'opinion concordante de la juge Pillard jointe à l'arrêt rendu en appel : faire évoluer la jurisprudence constante posée par un arrêt de Cour d'appel de 1998. Selon cet arrêt, l'immunité des organisations internationales, qui ne connaît pas la distinction entre actes de puissance de publique et actes de gestion, revêt le même caractère absolu que celui présenté par l'immunité des Etats en 1945, date à laquelle a été adopté l'*IOIA*. L'arrêt rendu en appel dans la présente espèce justifiait cette jurisprudence constante en rappelant que la reconnaissance de ladite distinction aurait pour effet de faire relever de la catégorie des actes de gestion un grand nombre des activités qui se trouvent au cœur de la mission des organisations internationales, au risque de les priver du bénéfice de la garantie d'indépendance assurée par l'immunité absolue. L'arrêt de la Cour suprême, par six voix contre une, remet en cause cette jurisprudence constante en s'appuyant sur une technique d'interprétation textuelle

³³ <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/586/17-1011/>

des lois américaines. Si la volonté de faire évoluer la jurisprudence pour mieux la faire répondre aux circonstances et aux exigences de la vie actuelle mérite d'être saluée, la méthode interprétative retenue est des plus formalistes et ne fait aucune place ou référence aux débats récents suscités par l'impunité entraînée par l'immunité absolue des organisations internationales. En cela, la majorité se distingue nettement de la démarche retenue par le juge Breyer qui se veut plus contextuelle. Ainsi, la Cour suprême limite la question juridique pertinente à celle de savoir s'il faut interpréter le renvoi fait par l'*IOIA* à la loi sur les immunités des Etats comme une référence statique ou comme une référence dynamique. Autrement dit, il s'agissait de dire si le renvoi vise la « norme de référence » telle qu'elle était en 1945 ou la « norme de référence » au moment où la question juridique est soulevée. La majorité opte pour la seconde option en s'appuyant sur la doctrine interprétative de la *reference canon* selon laquelle, « *when a statute refers to a general subject, the statute adopts the law on that subject as it exists whenever a question under the statute arises* ». Sans procéder à une véritable interprétation dynamique qui aurait consisté à prendre en compte les circonstances actuelles pour faire évoluer une norme ancienne, à l'instar de ce que fait par exemple la Cour européenne des droits de l'homme, l'opinion majoritaire rédigée par le juge Roberts conclut qu'il convient, en raison du *reference canon*, d'interpréter l'*IOIA* comme renvoyant à une immunité relative des organisations internationales fondée sur la distinction entre les actes de puissance publique – *sovereign acts* – et les actes de gestion – *commercial acts*. Les organisations internationales doivent dès lors s'attendre à un traitement identique à celui des Etats étrangers : leurs actes de puissance publique sont désormais les seuls soustraits à la compétence des juridictions américaines.

Anticipant les difficultés qu'une telle distinction poserait en pratique eu égard à la nature des activités des organisations internationales et au caractère fonctionnel de leurs compétences, la Cour suprême tente d'atténuer la portée de sa nouvelle jurisprudence en formulant quelques limites, manifestement non exhaustives, au caractère relatif de l'immunité des organisations internationales. Cet encadrement vise de toute évidence à rassurer les organisations internationales, et notamment la S.F.I., inquiètes de voir une soudaine recrudescence des actions judiciaires dirigées contre elles. La majorité souligne de façon générale, et étonnamment, que l'*IOIA* tel que nouvellement interprété, ne constitue que du droit supplétif. Selon la Cour, dans tous les cas où un traité prévoit une immunité absolue, celle-ci s'appliquera au détriment de l'immunité relative et donc de l'*IOIA*. Elle donne l'exemple de la Convention des Nations Unies sur les privilèges et immunités de 1946 selon laquelle « l'Organisation des Nations unies, ses biens et avoirs, quels que soient leur siège et leur détenteur, jouissent de l'immunité de juridiction, sauf dans la mesure où l'Organisation y a expressément renoncé, dans un cas particulier ». D'après la Cour suprême, une telle disposition doit de toute évidence écarter l'immunité relative découlant de l'*IOIA*. Elle cite également l'exemple de l'article IX des Statuts du FMI qui prévoit une disposition quasi-identique. Il est toutefois permis de douter, comme le souligne le juge Breyer dans son opinion dissidente, qu'un traité international l'emporte nécessairement sur la loi dans l'ordre juridique américain ainsi que le suggère la majorité. En effet, bien que les lois américaines

soient en principe soumise au respect des traités internationaux – « *treaties [...] shall be the supreme law of the land* », selon la Constitution américaine –, le traité ne pourra être invoqué devant le juge interne que si ses dispositions sont jugées *self-executing* comme le montre la fameuse affaire *Medellin c. Texas*. Autrement dit, lorsque la majorité renvoie aux traités prévoyant une immunité absolue qui l'emporte sur la règle supplétive, elle vise en réalité les lois par lesquelles ces traités sont intégrés (ou non) dans l'ordre juridique interne. En outre, en amont de cette difficulté d'invocabilité, modifier les traités constitutifs d'organisation internationale qui ne prévoient pas déjà expressément l'immunité absolue, comme c'est le cas du Statut de la S.F.I. selon la Cour suprême elle-même, n'est pas chose aisée. La majorité tente également de rassurer spécifiquement les organisations internationales agissant dans le domaine du développement par le financement d'activités qui ont un caractère « commercial » manifeste. Elle cite précisément le cas des banques internationales de développement en affirmant que leurs activités de prêt ne constituent pas nécessairement des « actes commerciaux » au sens où elle l'entend. Elle s'attache à cet effet à définir ce que sont les actes de gestion des organisations internationales. S'appuyant sur sa jurisprudence antérieure, elle se limite pourtant à rappeler que « *[t]o be considered 'commercial', an activity must be 'the type' of activity 'by which a private party engages in' trade or commerce* ». Alors que cette définition est très large et pourrait recouvrir de nombreux actes et comportements des organisations financières internationales, la Cour suprême tempère cet effet en suivant l'avis du gouvernement américain selon lequel les prêts soumis à une conditionnalité ne constituent pas des actes de gestion en dépit de leur apparence. Si l'on devine que la dimension politique de la conditionnalité est ici visée, on regrettera que cette affirmation ne soit guère étayée, ce qui aurait permis aux juges inférieurs d'avoir davantage d'éléments de qualification des actes de gestion. La Cour suprême pose enfin une troisième limite à l'immunité relative des organisations internationales en jugeant que, même si l'activité de prêt devait être considérée de nature « commerciale », cela ne suffirait pas à écarter l'immunité puisque l'exception des activités commerciales requiert deux autres conditions. D'une part, l'activité en cause doit présenter un « lien suffisant » avec les États-Unis, sans que l'on sache s'il doit s'agir d'un lien territorial, de nationalité ou d'une autre nature ; d'autre part, le recours doit être fondé – *must be based upon* – sur l'activité commerciale elle-même ou sur des actes liés à celle-ci. Ainsi, la Cour conclut que, si la principale allégation contre l'organisation internationale porte sur une activité délictuelle ayant eu lieu à l'étranger, elle ne tomberait pas sous le coup de l'exception à la règle de l'immunité. Sans trancher le litige au fond, la Cour semble suggérer que le lien avec les États-Unis ne serait pas suffisant en l'espèce puisque les faits se sont déroulés en Inde.

En définitive, si l'arrêt constitue indéniablement une brèche dans le droit des immunités des organisations internationales, les précautions prises par la Cour suprême sont telles que l'effet de cette nouvelle jurisprudence demeure incertain. Il repose largement sur le sens que revêtira au fil du temps la notion d'« acte de gestion d'une organisation internationale » auprès des juges du fond. Cette qualification devra nécessairement se faire au cas par cas étant donné la diversité

des organisations internationales et le caractère fonctionnel de leurs compétences. Il sera logiquement plus difficile de parvenir à une jurisprudence unifiée comme cela est le cas pour les Etats : la simple transposition de la jurisprudence relative aux actes de gestion et aux actes de puissance publique des Etats ne sera pas possible tant la distinction même ne semble pas adaptée aux organisations internationales, comme le suggèrent déjà les limites posées par la Cour suprême. En ce sens, on retiendra du raisonnement du juge Breyer dans son opinion dissidente le rappel de la position de R. Higgins sur la question de la transposition de cette distinction aux organisations internationales. Selon l'ancienne présidente de la Cour internationale de Justice, les organisations internationales n'étant pas souveraines, elles ne peuvent pas être considérées comme exerçant des actes de puissance publique au même titre que les Etats. Toutefois, si l'impossibilité de transposition doit aboutir nécessairement à la théorie de l'immunité absolue à une époque où « l'absolutisme » des personnes publiques de manière générale est largement remis en cause, une transposition imparfaite et aménagée est préférable à l'impunité systématique. A cet égard, l'opinion dissidente du juge Breyer est décevante bien qu'elle soit motivée par la nécessité de défendre les instances multilatérales dans un contexte politique marqué par les attaques régulières dont celles-ci font l'objet de la part de l'exécutif américain. Procédant à une interprétation qu'il qualifie de « *purpose-based* », le juge Breyer réaffirme la nécessité d'interpréter l'*IOIA* de manière « statique » en s'intéressant non seulement au texte de la loi mais aussi au contexte de son adoption, à son histoire, à son but ainsi qu'aux conséquences de son interprétation. Il omet ainsi délibérément d'évoquer le contexte actuel plus large qui pourrait appeler à la nécessité d'une interprétation dynamique d'un texte datant de 1945.

Cet arrêt, en dépit de ses contours qui demeurent flous, devrait en tout cas inciter les organisations internationales à prévoir plus systématiquement des modes alternatifs de règlement des différends qui soient efficaces. En l'occurrence, la mise en place au sein de la S.F.I. d'un médiateur dont les avis ne sont pas suivis par les instances décisionnelles ne semble pas de nature à satisfaire le besoin de justice réclamé de plus en plus par les justiciables partout dans le monde. En ce sens, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui exige la mise en place de mécanismes alternatifs de règlement des litiges en échange du maintien de l'immunité de l'organisation semble plus claire dans son principe, bien que l'exclusion de son champ d'application de certaines activités comme le maintien de la paix et de la sécurité internationales soit encore sujette à débat.

S. EL BOUDOUHI

IV. EXTRADITION ET DROIT D'ASILE

NOUVELLE-ZÉLANDE. Cour d'appel, 11 juin 2019, *Kim c. Minister of Justice of New Zealand* (CA562/2017 NZCA 209)³⁴ —. **SUÈDE.** Cour suprême, 9 juillet 2019, QJ, Ö 2479-19³⁵ —. Extradition. Recevabilité des assurances diplomatiques de la République populaire de Chine. Interprétation des traités et prise en compte de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme 24

Au regard de la situation générale des droits de l'homme et des défaillances du système judiciaire de la République populaire de Chine, dans quelle mesure le droit international et européen fait-il obstacle à de possibles extraditions vers celle-ci ? La question aura été récurrente au cours de cette année 2019. Les importantes manifestations contre le vote d'une loi autorisant les extraditions de Hong-Kong vers la République populaire en juin ont rappelé que la France est l'un des rares Etats à avoir signé un traité permettant la remise d'individus aux autorités chinoises³⁶. C'est dans ce contexte que les juridictions de Nouvelle-Zélande et de Suède, deux Etats n'ayant quant à eux conclu aucune convention d'extradition avec la République populaire de Chine, ont été amenées à rendre deux décisions significatives, rappelant les gouvernements à leurs obligations internationales. Ces jugements ne se substituent pas à la décision respectivement du ministère de la justice néo-zélandaise et du gouvernement suédois mais obligent à tout le moins, en droit, les autorités compétentes à revoir leur appréciation, et, dans les faits, font pour l'instant obstacle à la remise des individus concernés. Mettant la justice chinoise en défaut par une interprétation rigoureuse des textes pertinents, elles sont par ailleurs susceptibles de créer un effet de ricochet au sein de la société internationale.

L'arrêt de la Cour d'appel néo-zélandaise offre une illustration intéressante du dialogue des juridictions, en faisant reposer en partie sa longue réponse sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et celle de la Cour suprême canadienne. Il s'agissait de la première demande d'extradition de la Chine à la Nouvelle-Zélande. Au moment de la décision, la requête chinoise datait déjà de plusieurs années (2011), mais la procédure a connu de nombreux rebondissements. M. Kim, un ressortissant sud-coréen résidant en Nouvelle-Zélande depuis son adolescence, est accusé par les autorités chinoises d'avoir assassiné une jeune femme alors qu'il se trouvait en Chine en 2009. Arrêté en Nouvelle-Zélande en 2011 à la suite de la demande de la République populaire, détenu puis sous surveillance électronique, il s'oppose à cette extradition en invoquant le risque sérieux de torture,

³⁴ <https://forms.justice.govt.nz/search/Documents/pdf/jdo/e5/alfresco/service/api/node/content/workspace/SpacesStore/83431f55-04a8-490d-a5c5-9f4eeea12977/83431f55-04a8-490d-a5c5-9f4eeea12977.pdf>

³⁵ <https://safeguarddefenders.com/sites/default/files/wp-rsdl/uploads/2019/07/2019-07-09-Ö-2479-19-Beslut.pdf>. L'arrêt n'est disponible qu'en suédois au moment de la rédaction de ce compte rendu. Le site de la Cour suprême suédoise, en maintenance, propose normalement un résumé en anglais. Pour un résumé non officiel : <https://safeguarddefenders.com/en/swedish-supreme-court-refuses-extradition-china>.

³⁶ Décret n° 2015-1216 du 1er octobre 2015 portant publication du traité d'extradition entre la République française et la République populaire de Chine, signé à Paris le 20 mars 2007.

d'assassinat ou de peine de mort qu'une remise aux autorités chinoises lui ferait courir, ainsi que la privation d'un procès juste et équitable. Après avoir reçu certaines assurances diplomatiques de la part de la Chine, et considérant que celles-ci étaient à même de lever le risque de torture encouru au vu du contexte général des droits de l'homme dans le pays et de garantir un procès juste et équitable, le ministre de la Justice néo-zélandais, compétent pour se prononcer sur les demandes d'extradition en vertu du droit interne (*Extradition Act* de 1999), donne une suite favorable à la demande de Pékin. Une première contestation amène la *High Court* à rendre un arrêt favorable à M. Kim, obligeant l'exécutif à prendre une nouvelle décision. Fondée sur de nouvelles garanties diplomatiques plus détaillées, une seconde décision de remise est cette fois validée par la *High Court*. Saisie en seconde instance, la Cour d'appel juge elle que certaines conditions ne sont pas remplies, même au regard des assurances diplomatiques livrées. Le contrôle exercé par les magistrats est toutefois limité par le droit interne : il ne leur revient pas de décider de l'extradition, ni de l'existence d'un risque avéré ; il leur appartient de savoir s'il était raisonnable de la part du ministre compétent de considérer que ce risque n'existait pas. La Cour rappelle qu'il lui incombe d'exercer un contrôle renforcé de légalité (*heightened scrutiny*), au vu du respect des droits fondamentaux en jeu, qui revient à s'assurer que la décision du ministère a été dûment justifiée et prise sur la base d'éléments suffisants. Dans ce cadre, l'affaire oblige la Cour d'appel à revenir sur une question récurrente en droit des extraditions, celle de la place des assurances diplomatiques au regard des violations des engagements internationaux des États en matière de droits de l'homme, raison pour laquelle on trouve une série de références à l'arrêt rendu en 2012 par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Othman (Abu Qatada) c. Royaume-Uni*. La Cour néo-zélandaise en reprend le double examen, d'une part, de la situation générale des droits de l'homme et, d'autre part, des assurances diplomatiques en elles-mêmes. Elle précise que, même en l'absence d'une jurisprudence néo-zélandaise ayant déjà repris les exigences de la Cour européenne, la Convention contre la torture doit être interprétée comme impliquant les mêmes obligations pour la Nouvelle-Zélande, incluant celle d'un examen en amont de la situation générale des droits de l'homme dans le pays, de façon à apprécier la recevabilité des assurances diplomatiques. La Cour conclut que cette question préliminaire n'a pas en l'espèce été correctement traitée par les services du ministère. Elle souligne aussi certaines lacunes dans les assurances diplomatiques fournies (comme l'impossibilité de visites consulaires non programmées). L'arrêt revient également longuement sur le risque réel de déni de justice flagrant, au regard du *Bill of rights* néo-zélandais et de l'article 14 du Pacte international sur les droits civils et politiques. La Cour d'appel se réfère encore à la lecture de la Cour européenne tout en assouplissant le seuil du déni de justice. Au critère retenu d'« une violation tellement grave du principe d'équité du procès » qu'elle entraînerait « l'annulation, voire la destruction de l'essence même du droit protégé par cet article » (*Othman c. Royaume-Uni*, § 260), le juge néo-zélandais préfère un test consistant à apprécier l'existence d'un « risque réel d'écart vis-à-vis du standard d'équité du procès à même de priver le défendeur du véritable bénéfice du droit au procès équitable » consacré par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (traduction non officielle, § 179). L'appréciation d'un tel risque ne doit pas

consister en une « balance des probabilités », comme si une probabilité inférieure à 51% l'écartait, mais signifier que le risque n'est pas imaginaire. Une fois le risque établi, la charge de la preuve inverse incombe à l'Etat demandeur. Or, en l'espèce, le test requis n'a pas été mis en œuvre, pas davantage que les autorités néo-zélandaises n'ont reçu de façon raisonnable les garanties fournies par la République populaire de Chine concernant les standards d'un procès juste et équitable. Pour en arriver à cette conclusion, la Cour d'appel fait une analyse détaillée des droits concernés, des assurances diplomatiques de la RPC, ainsi que de son système judiciaire, en s'appuyant notamment sur les travaux d'experts.

Un mois plus tard, la Cour suprême suédoise marque à son tour un coup d'arrêt à l'extradition de Qiao Jianjun, cité comme l'un des criminels les plus recherchés par Pékin. Accusé d'avoir détourné des fonds à hauteur de plus de dix millions d'euros, cet ancien haut fonctionnaire chinois a été détenu en Suède après la demande formulée par Pékin, et s'est opposé à son extradition directement devant la Cour suprême comme le permet le droit suédois³⁷. Sans surprise, et encore une fois en se basant sur l'analyse d'experts, les juges suédois arrivent à des conclusions en partie similaires à celles de la Cour néo-zélandaise. Leur tâche est toutefois facilitée par l'applicabilité de la Convention européenne ainsi que par le droit interne, qui les autorise à se prononcer directement sur l'existence d'un risque pour le demandeur, dans l'hypothèse d'une extradition. C'est donc au terme d'une démonstration plus brève que la décision de juillet 2019 reconnaît l'incompatibilité d'une telle procédure avec les engagements de la Suède au niveau européen et international : considérant qu'il existe un risque réel de peine de mort, de torture et/ou de traitements inhumains et dégradants, ainsi que de violation des standards du procès juste et équitable, la Cour suprême juge que ce risque empêche en l'état de prendre en compte les assurances diplomatiques fournies par la Chine, dont la mise en œuvre ne pourrait être dûment contrôlée. Il semble désormais délicat pour les autres Etats, européens ou non, de recevoir lesdites assurances de la part de Pékin.

G. GIRAUDEAU

BRÉSIL. Cour suprême, ordonnance du 12 décembre 2018 relative à la demande italienne d'extradition de Cesare Battisti³⁸ —. Extradition. Actes de gouvernement. Souveraineté « interne » et « externe ». Dualisme constitutionnel 25

L'extradition du ressortissant italien Cesare Battisti a soulevé au Brésil une vive polémique politique et judiciaire. En 1990 et 1993, l'ancien membre des Prolétaires Armés pour le Communisme était condamné par contumace par la Cour d'assises de Milan à une peine de réclusion à perpétuité en raison de quatre homicides. La Cour suprême du Brésil avait d'abord autorisé son extradition vers l'Italie, motif pris qu'il n'avait pas la qualité de réfugié et n'avait pas été condamné pour un crime politique. Toutefois, en décembre 2010, le président en exercice Luís Ignácio Lula da Silva refusa

³⁷ *Swedish extradition Act*, voir : <https://www.government.se/government-of-sweden/ministry-of-justice/international-judicial-co-operation/extradition-for-criminal-offences/>.

³⁸ http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Rcl29066ePPE891_decisaoLF.pdf

cette extradition en se fondant sur les exceptions aux obligations prévues dans le traité d'extradition entre le Brésil et l'Italie. L'Italie contesta la décision présidentielle devant la Cour suprême brésilienne, invoquant la méconnaissance du traité d'extradition. Par un arrêt du 9 juin 2011, la Cour suprême décida que le chef d'Etat avait le pouvoir de ne pas extraditer Battisti et, qu'en tout état de cause, ses décisions en matière de politique étrangère ne relevaient pas du contrôle du juge. Suite à la destitution de la présidente Dilma Rousseff, l'Italie sollicita à nouveau l'extradition de Battisti. Répondant à une requête de la Police Fédérale, le juge de la Cour suprême Luiz Fux ordonna l'arrestation de Battisti le 12 décembre 2018, en vue de son extradition, qui fût décrétée le 14 décembre 2018 par le président Michel Temer.

L'ordonnance du juge Fux s'inscrit dans le prolongement de la *ratio decidendi* retenue par la Cour suprême en 2011 : les décisions présidentielles de politique étrangère étant soustraites au contrôle juridictionnel, le changement de position du chef de l'Etat sur sa décision de ne pas extraditer Battisti ne l'est pas davantage. Au soutien de sa conclusion, le juge Luiz Fux opère une distinction entre souveraineté « interne » et souveraineté « externe ». La première est exercée par les trois branches du pouvoir (exécutif, législatif et judiciaire), tandis que la seconde l'est exclusivement par le Président de la République. Ce raisonnement est contestable. L'imbrication entre souveraineté interne et externe est aujourd'hui notable, des questions comme les droits de l'homme, l'économie ou l'environnement qui intéressent l'ordre interne faisant aussi l'objet de négociations diplomatiques et d'engagements internationaux. Cette séparation radicale entre les deux types de souverainetés qui participe d'une conception dualiste assez rigide est en outre contredite par la Constitution brésilienne de 1988, laquelle affirme avec netteté que les relations internationales ne relèvent pas du domaine exclusif du président de la République.

D. DAMÁSIO BORGES

ROYAUME-UNI. Cour suprême, 30 juillet 2018, *R (on the application of Tag Eldin Ramadan Bashir & others) (Respondents) c. Secretary of State for the Home Department (Appellant)*, [2018] USKC 45³⁹ —. Droit des réfugiés. Applicabilité de la Convention de Genève sur les bases militaires souveraines britanniques à Chypre. Continuité coloniale. Unité territoriale 26

Après la Cour d'appel d'Angleterre et du Pays de Galle (voir cette *Revue* 2018-4, p. 1085), la Cour suprême du Royaume-Uni est invitée à se prononcer sur l'applicabilité et les effets de la Convention de Genève de 1951 dans deux espaces sur lesquels sont établis les bases militaires britanniques à Chypre. La Cour d'appel avait en mai 2017 considéré la Convention de Genève sur le droit des réfugiés pleinement applicable dans ces espaces conservés par les britanniques après l'accession à l'indépendance de Chypre du fait de la continuité coloniale. Retenant la même analyse, la Cour suprême s'est prononcée sur la question de savoir si les demandeurs, reconnus réfugiés par l'administration de ces *Sovereign Base Areas* en 1998, pouvaient prétendre

³⁹ <https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2017-0106.html>

à un droit à la réinstallation sur le territoire britannique métropolitain sur le fondement de la Convention de 1951 et de son Protocole de 1967.

La Cour suprême procède à une fine analyse de la Convention et de son Protocole. La présence de clauses coloniales dans ces deux instruments lui permet d'affirmer que les négociateurs entendaient marquer une distinction entre le territoire métropolitain des Etats parties et les autres espaces placés sous leur contrôle souverain. La Cour concède que ce type de disposition vise principalement à assurer le respect du droit à l'autodétermination qui, pour une base militaire, est peu pertinent, mais souligne que la Convention entend bien opérer une distinction entre les différents espaces sur lesquels s'exerce le contrôle de l'Etat partie. Dès lors, les réfugiés des *Sovereign Base Areas* n'ont pas, sur le fondement de la Convention et du Protocole, un droit à la réinstallation sur le territoire métropolitain du Royaume-Uni. Ils relèvent du régime juridique mis en place par le Royaume-Uni pour les personnes reconnues réfugiées par l'administration des *Sovereign Base Areas* dont le juge suprême apprécie la compatibilité avec les engagements internationaux du Royaume-Uni. En 2003, le Royaume-Uni a en effet conclu avec les autorités chypriotes un mémorandum d'accord sur les migrants illégaux et les demandeurs d'asile reconnus comme tels après 2003, ayant pour objet principal d'assurer la prise en charge des réfugiés des bases souveraines par Nicosie (aux frais du Royaume-Uni). Selon la Cour, la Convention et le Protocole sont silencieux sur une telle situation qui pourrait être assimilée à une forme d'externalisation du traitement des réfugiés. Se livrant à un examen minutieux, elle conclut que le régime découlant du mémorandum de 2003 ne semble pas contraire aux deux instruments internationaux. En 2005, et sans que cela soit formalisé dans un accord, ce régime fut étendu à tous les réfugiés reconnus par l'administration des bases souveraines, quelle que soit la date de la reconnaissance de ce statut. La Cour suprême renvoie toutefois à une décision ultérieure la question de savoir si cette extension dans le temps du régime découlant du mémorandum d'accord de 2003 est un moyen licite pour le Royaume-Uni d'assurer la mise en œuvre de ses obligations à l'égard des réfugiés reconnus sur le fondement de la Convention de Genève.

J. CAZALA

GRÈCE. Conseil d'Etat (ass. Plénière), arrêt n° 1694/2018 du 21 août 2018⁴⁰ —. Statut de réfugié. Crainte « avec raison d'être persécuté ».

Exclusion du statut de réfugié au sens de la Convention de Genève 27

Cet arrêt enrichit la saga juridique relative au sort des huit militaires turcs ayant fui vers la Grèce suite à une tentative de coup d'Etat en Turquie, en juillet 2016. Ayant d'abord refusé leur extradition vers la Turquie (voir cette *Revue*, 2017-4, pp. 1228-1229), la justice grecque examine ensuite leurs demandes d'asile. Sur recours pour excès de pouvoir du gouvernement grec contre une décision administrative accordant la protection internationale à l'un de ces militaires, le Conseil d'Etat statue en faveur de ce dernier, tout en anticipant l'issue des demandes d'asile déposées par les sept autres.

⁴⁰ <http://www.nomotelia.gr/photos/File/WWW.1694.18.htm>

Le Conseil d'Etat reconnaît d'abord le statut de réfugié en la personne du demandeur, motif pris du lien de causalité entre la crainte « avec raison d'être persécuté » et les opinions politiques que lui impute la Turquie. Aux yeux du juge grec, la crainte « avec raison d'être persécuté du fait de ses opinions politiques » au sens de la Convention de Genève est en l'espèce vérifiée dès lors que lesdites opinions sont attribuées au demandeur d'asile par l'Etat turc, qui reproche à ce dernier d'avoir participé à la tentative de coup d'Etat en raison de ses opinions politiques ; ce qui l'exposerait, en cas de retour en Turquie, au risque de subir des traitements inhumains et dégradants et d'être privé de garanties d'un procès équitable. Examinant si la commission alléguée d'un crime grave de droit commun en dehors du pays d'accueil est de nature à faire obstacle à la protection accordée par la Convention de Genève, le Conseil d'Etat détermine ensuite le niveau de preuve requis pour que s'applique la clause d'exclusion prévue sous l'article 1 (F), b. Se fondant sur la pratique de plusieurs tribunaux nationaux (Cour fédérale du Canada, 4 novembre 1993, *Sivakumar c. Canada* ; Cour suprême du Canada, 19 juillet 2013, *Ezokola c. Canada* ; Cour suprême de Nouvelle-Zélande, 27 août 2010, *The Attorney-General c. Tamil X and Anor*) et internationaux (CJUE, 9 novembre 2010, aff. jointes C-57/2009 et C-101/2009), la haute juridiction administrative affirme que des preuves claires et crédibles doivent attester d'une implication consciente et substantielle du demandeur d'asile dans la commission d'un crime grave de droit commun pour justifier son exclusion du champ de la protection. En l'espèce, il faudrait établir un lien de causalité entre les actes imputés au demandeur et le but criminel du groupe ayant tenté de renverser le gouvernement turc. Or, aux yeux du Conseil d'Etat grec, l'implication du demandeur dans la tentative de coup d'Etat n'est pas suffisamment avérée, pas davantage que sa participation au groupe l'ayant prétendument orchestré ne se fonde sur des éléments de preuve fiables.

M. PASCHOU

V. VARIA

BELGIQUE. Conseil d'Etat (section du contentieux administratif, XV^{ème} chambre), *Coordination nationale d'action pour la paix et la démocratie et Ligue des droits humains c. Région Wallonne*, ordonnance du 29 juin 2018, n° 242.023 et décision du 14 juin 2019, n°244.800, 244.801, 244.802, 244.803 et 244.804⁴¹ —. Vente internationale d'armes. Comportement de l'Etat acheteur à l'égard de la « communauté internationale » et respect du droit international 28

L'Arabie saoudite est le principal client de nombre d'industries d'armement. L'engagement de cet Etat dans le conflit yéménite et la nette dégradation internationale de son image à la suite de l'assassinat de Jamal Khasoggi dans les locaux de son consulat général à Istanbul ont accru la pression sur les pays

⁴¹ <http://www.raadvst-consetat.be/arr.php?nr=242023> et <http://www.raadvst-consetat.be/?page=news&lang=fr&newsitem=541>

exportateurs d'armements à destination de l'Arabie saoudite. L'échec de la procédure visant à obtenir l'annulation de licences canadiennes d'exportation de véhicules blindés légers (voir cette *Revue* 2017-4, p. 1194) n'a pas dissuadé deux ONG belges de saisir la justice belge d'une procédure analogue, qui ont réussi à obtenir l'annulation de neuf licences d'exportation d'armes à destination de l'Arabie saoudite délivrées en octobre 2017 par les autorités wallonnes.

Ces deux ONG avaient assorti leur recours au fond d'un référé si bien que, dès juin 2018, le Conseil d'Etat indiqua que le gouvernement wallon avait, en violation du cadre réglementaire applicable, omis d'analyser « le comportement du pays acheteur à l'égard de la communauté internationale et notamment son attitude envers le terrorisme, la nature de ses alliances et le respect du droit international ». Dans leur recours au fond, elles mobilisèrent assez largement la Position commune 2008/944/PESC du 8 décembre 2008 du Conseil définissant des règles communes régissant le contrôle des exportations de technologie et d'équipements militaires. Mais, pour des raisons évidentes d'efficacité juridique, c'est sur le fondement du décret de la Région wallonne du 21 juin 2012 relatif à l'importation, à l'exportation, au transit et au transfert d'armes civiles et de produits liés à la défense que le juge belge se prononça.

Sur le fondement du décret, l'exécutif wallon doit soumettre à huit critères toute demande de délivrance d'une licence d'exportation d'armes à destination d'un Etat non-membre de l'Union européenne. Nous pouvons tenter de les synthétiser ici : respect des obligations et engagements internationaux de la Wallonie et de la Belgique (critère 1) ; respect des droits de l'homme dans le pays de destination et respect du droit humanitaire (critère 2) ; existence de conflits armés ou de tensions dans le pays de destination finale (critère 3) ; préservation de la paix, de la sécurité et de la stabilité régionales (critère 4) ; sécurité nationale de la Belgique et de la Wallonie ainsi que des pays alliés et amis (critère 5) ; comportement du pays acheteur envers la communauté internationale et, notamment, son attitude envers le terrorisme, la nature de ses alliances et respect du droit international (critère 6) ; existence d'un risque de détournement dans le pays acheteur ou risque de réexportation (critère 7) ; compatibilité des exportations avec la capacité technique et économique du pays destinataire (critère 8). Dans les cinq recours dirigés contre la délivrance de neuf licences d'exportation, les requérants ont formulé plus spécialement des observations sur les 2^{ème}, 4^{ème} et 6^{ème} critères. Ils soutenaient « que la partie adverse n'a pas procédé à l'analyse minutieuse qu'elle devait effectuer, ou qu'elle y a procédé de manière incomplète, ou qu'elle a conclu à une "absence de risque" – ce qui procéderait d'une erreur manifeste d'appréciation ». Le gouvernement wallon tenta de justifier la régularité de la délivrance des licences en affirmant que, si celles-ci n'avaient pas donné lieu à une motivation formellement exprimée, il y avait bien eu une analyse complète au regard des critères pertinents. Une telle défense apparaissait évidemment bien fragile. On peut comprendre qu'il soit délicat pour une autorité publique de s'exprimer sur des sujets aussi sensibles (qu'il s'agisse de nier des violations ou au contraire de les dénoncer) mais renvoyer à ce qui s'apparenterait à une évaluation confidentielle de la situation semblait pour le moins contestable. Se retranchant derrière le secret des affaires, le défendeur ignorait totalement l'esprit du décret du 21 juin 2012 qui renvoie certes à des considérations

visant à prendre en compte l'objet du contrat pour lequel la licence est sollicitée, mais aussi, et surtout, aux agissements de l'Etat destinataire. Or, on comprendrait mal que le secret des affaires puisse être mobilisé pour justifier l'absence de publicité de l'avis relatif à ces derniers éléments.

Il ne s'agit pas pour le juge belge de substituer sa propre appréciation sur chacun de ces critères mais simplement de rechercher s'ils ont bien fait l'objet d'un examen. Avec un souci manifeste d'économie jurisprudentielle, le Conseil d'Etat se contente de relever que le défendeur semble ne pas contester que le 6^{ème} critère (comportement du pays acheteur envers la communauté internationale et, notamment, son attitude envers le terrorisme, la nature de ses alliances et respect du droit international) n'aurait donné lieu à aucun examen de la part de la Commission en charge de l'instruction des demandes de licence d'exportation. Le juge belge peut ainsi, sans prendre position sur la situation en Arabie saoudite (et, par extension, au Yémen), constater que les dispositions du décret de 2012 ne sont pas respectées et annuler les neuf licences contestées.

J. CAZALA

UKRAINE. Cour d'appel de Kiev, décision du 12 juin 2019, N22-II/824/4131/2019⁴² —. Exécution des sentences arbitrales (arbitrage commercial). Ordre public interne. Qualité d'Etat-agresseur en vertu du droit interne et suspension de l'exécution 29

Ce jugement de la Cour d'appel de Kiev a été pris sur renvoi de la Cour Suprême ukrainienne au titre de l'exécution d'une sentence arbitrale commerciale de la Cour internationale d'arbitrage rendue sous les auspices de la Chambre de Commerce Internationale de Moscou (MKAS). La demanderesse, une société de droit russe opérant dans le secteur de la défense, tentait depuis 2016 d'obtenir l'exécution de la sentence contre le défendeur ukrainien. Par un jugement du 5 septembre 2018⁴³, la Cour Suprême avait considéré que cette exécution n'était pas contraire à l'ordre public ukrainien : d'une part, parce que le statut d'« Etat-agresseur » de la Fédération de Russie en vertu du droit ukrainien n'avait pas d'impact sur les relations de droit privé résultant d'un contrat, ni sur les obligations découlant de ce contrat ; d'autre part, faute pour le défendeur d'avoir apporté la preuve selon laquelle l'exécution de la sentence remettrait en cause la sécurité nationale ou l'économie de l'Ukraine. Sur renvoi de la Cour suprême, cette position a été confirmée en première instance et ensuite par la Cour d'appel de Kiev, qui a permis l'exécution de la sentence en dépit du fait que la demanderesse était désormais elle-même l'objet de sanctions ukrainiennes : même dans cette hypothèse, les cours ukrainiennes ont jugé que l'exécution de la sentence n'était pas attentatoire à l'ordre public ukrainien. Pour autant, l'exécution de la sentence ne pourra être mise en œuvre que lorsque la Fédération de Russie cessera d'être définie en tant qu'

⁴² Reyestr.court.gov.ua

⁴³ Affaire 761/46285/16, disponible sur Reyestr.court.gov.ua.⁴⁴ https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/comunicacion_digital/2019-06/TesisSegundaSaladel17demayal14dejunde2019_.pdf Sur les *tesis aisladas* ou « décisions uniques », voy. cette *Revue*, 2017-4, p. 1189.

« Etat-agresseur » au sens de la législation ukrainienne. La loi ukrainienne N2508-VIII adoptée en 2018 fait en effet obstacle à ce que soit ordonné le paiement des dettes par les sociétés ukrainiennes du secteur de la défense au profit de nationaux d'un « Etat-occupant » ou d'un « Etat-agresseur », et la loi sur l'exécution forcée prévoit que l'exécution d'une sentence commerciale peut être suspendue sur le fondement de la loi de 2018 jusqu'à extinction des circonstances justifiant cette suspension.

M. GRITSENKO

MEXIQUE. Cour suprême de Justice de la Nation (Seconde Chambre), *tesis aisladas* du 17 mai 2019, « Travail domestique. L'article 13-II de la Loi sur la sécurité sociale est inconstitutionnel étant donné qu'il empêche les travailleurs domestiques d'être bénéficiaires du régime obligatoire de sécurité sociale et viole, de ce fait, le droit humain à exercer la sécurité sociale dans des conditions d'égalité », « Travail domestique. L'article 13-II de la Loi sur la sécurité sociale contient une forme de discrimination indirecte à l'égard des femmes (*gender discrimination*) »⁴⁴ —. Droit à la sécurité sociale des travailleuses domestiques en vertu du Pacte international sur les droits économiques et de la Constitution. Principe d'égalité et non-discrimination. Egalité des sexes 30

Renforçant la protection du droit à la sécurité sociale des travailleuses domestiques, ces décisions de la Cour suprême mexicaine ont permis l'abrogation en juillet 2019 des dispositions discriminatoires à leur égard contenues dans la Loi mexicaine sur la sécurité sociale qui ouvraient à leurs employeurs la libre faculté de les affilier au régime général de la sécurité sociale.

Par la première, la Cour rappelle à l'Etat son obligation de garantir à toute personne le droit à la sécurité sociale, en vertu de l'article 123 de la Constitution (qui protège les droits au travail et à la sécurité sociale) et des dispositions pertinentes du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels auquel le Mexique participe. Or, selon elle, si la garantie de ce droit implique la mise en place de « régimes de sécurité sociale différenciés » en fonction des spécificités de chaque secteur d'activité, l'exclusion des travailleurs et des travailleuses domestiques du régime de sécurité sociale obligatoire n'a aucune justification constitutionnelle. En se fondant tacitement sur les critères retenus par la Cour européenne des droits de l'homme en matière de discrimination, la Cour suprême mexicaine considère qu'il n'existe aucune « différenciation objective et raisonnable » justifiant d'appliquer un traitement différentiel aux travailleurs et travailleuses domestiques dans le domaine de la sécurité sociale. Faisant obstacle à leur accès à la sécurité sociale, lequel constitue pour la Cour « une composante nécessaire des stratégies destinées à la lutte contre la pauvreté et l'exclusion sociale », un tel traitement est discriminatoire. La seconde décision de la Cour mexicaine prolonge ce raisonnement, considérant que

⁴⁴ https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/comunicacion_digital/2019-06/TesisSegundaSaladel17demayal14dejunde2019_.pdf Sur les *tesis aisladas* ou « décisions uniques », voy. cette *Revue*, 2017-4, p. 1189.

les dispositions litigieuses affectent *de facto* les femmes de manière disproportionnée dès lors qu'elles effectuent majoritairement l'ensemble du travail domestique rémunéré et non rémunéré. La Cour rappelle en ce sens à l'État que des dispositions normatives ou des politiques publiques apparemment neutres (*i.e.* dépourvues de référence explicite aux hommes ou aux femmes) peuvent toutefois « perpétuer les conséquences de la discrimination », lorsqu'elles entraînent des stéréotypes concernant les femmes et les rôles attendus de leur part, comme c'est le cas du travail domestique. De ce fait, la Cour conclut que les dispositions litigieuses en matière de sécurité sociale entraînent une discrimination indirecte à l'égard des femmes travailleuses domestiques, contraires à l'article 1 de la Constitution mexicaine qui interdit toute discrimination, notamment en raison du sexe ou du genre.

A. RIVERA MALDONADO

BIBLIOGRAPHIE CRITIQUE

Sous la direction de

Sébastien TOUZÉ

avec les notules de

**Jérôme BENZIMRA-HAZAN, Pierre DURAND, Başak ETKIN, Mathilde FRAPPIER,
Fabien LAFOUASSE, Raphaël MAUREL, Claire MERIC et Sontia NKENKEU-KECK**

COUVEIHNES MATSUMOTO (FLORIAN) ET NOLLEZ-GOLBACH (RAPHAËLLE).
(dir.) — *Les Etats face aux juridictions internationales, Une analyse des politiques étatiques relatives aux juges internationaux*, 1 vol. broché de 256 p., 2019, Paris (Pedone), ISBN : 978 2 233 00931 9 13

La multiplication des décisions des juges internationaux et l'augmentation de leur influence sur les gouvernements et les populations s'est accompagnée d'une tendance globale de leur remise en question par les Etats. Les Etats étant les premiers destinataires des décisions des juridictions internationales, la confiance dans la justice internationale comme moyen de règlement pacifique des différends est dépendante de l'exécution par les Etats de ces décisions et de manière générale de leurs politiques menées à l'égard des juges internationaux. Pourtant, la question des relations entre Etats et juridictions internationales, lorsqu'elle est abordée par les universitaires spécialistes du droit international, l'est avec une certaine faveur pour le juge international et d'une méfiance envers les politiques étatiques, surtout lorsqu'elles expriment des réticences à l'égard de ces juges.

L'entrée en matière des actes mis à jour de la 2^{ème} journée de droit international de l'ENS de novembre 2015, ne manquera donc pas de bousculer le discours universitaire dominant à cet égard. De fait, la contribution préliminaire dresse un tableau relativement sombre des juridictions internationales, mettant en exergue une dérive de l'idéologie libérale. Les juridictions internationales seraient ainsi des reflets et des amplifications des inégalités de puissance entre Etats et d'une asymétrie normative privilégiant les intérêts capitalistes sur tous les autres, notamment étatiques. La contribution soutient ainsi qu'au prétoire des juridictions internationales, l'Etat n'est pas considéré comme un acteur au service de la majorité des plus faibles, mais comme un danger pour les pouvoirs du petit nombre de ceux qui peuvent se faire entendre socialement, médiatiquement ou devant une juridiction. Ce premier constat invite ainsi à envisager objectivement les politiques des Etats à l'égard des juridictions internationales en acceptant de s'interroger sur la légitimité possible de certaines politiques étatiques défavorables à différentes juridictions comme des réactions aux déséquilibres relevés ou à certaines de leurs conséquences. Les actes de cette journée d'études s'articulent ainsi autour de la distinction des politiques des Etats en fonction de la juridiction qu'elles visent : la Cour internationale de Justice, la Cour pénale internationale, les juridictions de

R.G.D.I.P. 2019-4

protection des droits de l'homme, et des tribunaux internationaux. Bien qu'il soit mentionné, le système de règlement des différends de l'OMC n'est pas spécifiquement étudié malgré l'évolution ces dernières années des juridictions permanentes tranchant contre les grandes puissances, détonnant ainsi avec le constat préliminaire.

L'étude de la politique juridique des Etats et des juridictions internes à l'égard de la Cour internationale de justice a mis en lumière que celle-ci n'étant pas la gardienne désignée et unique d'une *rule of law* internationale, les Etats jouissent d'une liberté de choix dans le moyen de règlement pacifique des différends, et utilisent la Cour quand elle leur promet des avantages et la délaissent quand elle ne le fait pas. Dans le même sens, le bilan d'ensemble de la mise en œuvre interne des arrêts, qui relève de la marge d'appréciation des Etats, met en évidence la résistance voire le refus, parfois au nom de la défense de principes constitutionnels supérieurs, des juridictions suprêmes internes d'endosser le rôle d'agent de mise en œuvre des décisions.

Les références à la jurisprudence internationale par les juridictions internes révèlent la même tendance. Les juges internes choisiront de mentionner les décisions de la Cour internationale de justice si elles confortent leur propre interprétation et non de manière systématique au dépend de la sécurité juridique et de la promotion d'une conception harmonisée des règles de droit international.

La Cour pénale internationale faisant l'objet d'une opposition forte de plusieurs fronts, les actes du colloque étudient spécifiquement les politiques des Etats-Unis et de l'Union africaine vis-à-vis de la Cour. Au-delà du cas spécifique des Etats-Unis, dont l'opposition dès l'origine s'est cristallisée sur le point de la compétence d'une juridiction à poursuivre des américains pour des crimes commis en opération extérieure, l'opposition exprimée contre la Cour s'est élargie géographiquement. Ces oppositions plurielles se sont traduites par un ralentissement des adhésions, voire même par plusieurs actes de retrait et portent essentiellement sur des accusations d'atteinte à la souveraineté, démontrant le lien fort qui unit la souveraineté au droit de punir. L'hostilité de certains Etats membres de l'Union africaine à l'évolution de la politique pénale de la Cour pénale internationale, a ainsi entraîné le recours à une série de rétorsions, de représailles à la licéité variable, et d'une logique d'éviction par la création d'une juridiction concurrente à la Cour, voire par la menace d'un retrait collectif du Statut de Rome.

Au niveau régional, les juridictions internationales de protection des droits de l'homme ne sont pas non plus épargnées. La journée d'étude s'est ainsi consacrée à deux exemples de fragilisation du pouvoir de contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme. Bien qu'étant deux profils contrastés, la Grande-Bretagne et la Russie se rapprochent dans leur situation de quasi rupture avec la Cour. Au niveau africain, bien que les Etats africains aient finalement accepté la création d'une cour *a priori* puissante avec des compétences matérielles plus large que les autres juridictions régionales de protection des droits de l'homme, la Cour est en situation de précarité du fait, si ce n'est d'une hostilité ouverte, d'une certaine indifférence des gouvernements à son égard manifestée par le refus de ratifier certains protocoles et par la décision de la fusionner avec la Cour africaine de Justice des droits de l'homme et des peuples. L'étude de ces deux systèmes régionaux, soulève des interrogations sur les rapports des Etats avec la Cour inter-américaine des droits de l'homme qui n'a pas fait l'objet d'une étude dans le cadre de ces actes.

Enfin, font l'objet d'une toute particulière attention l'arbitrage d'investissement et le tribunal du sport. L'hostilité à l'endroit des institutions héritières du système de Bretton Woods critique leur opacité et leur promotion d'un modèle d'économie libérale où la loi du marché demeure la norme suprême au détriment des intérêts gouvernementaux. Ces oppositions ont mené dans les cas les plus extrêmes à la dénonciation de la Convention de Washington établissant le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, mais aussi de manière moins radicale, à des initiatives de réforme du système. Limitant la marge de manœuvre des panels arbitraux en s'assurant qu'ils ne s'immiscent pas excessivement dans la manière dont l'Etat exerce ses pouvoirs réglementaires sur son territoire, des propositions telles que celles de la Commission européenne traduisent une volonté partagée d'émergence d'un « nouvel ordre économique international ». La politique des Etats à l'égard du tribunal arbitral du sport détone quant à elle avec la situation des juridictions étudiées. Les Etats étant étrangers à la naissance, au fonctionnement et au prétoire du Tribunal arbitral du sport, la politique des Etats lui reste globalement favorable. Sauf cas isolés, les juridictions étatiques et européennes tendent ainsi à préserver l'arbitrage sportif, considéré comme un système approprié de résolution rapide des litiges sportifs internationaux par l'application d'une *lex sportiva* uniforme, dès lors que le système présente des garanties suffisantes d'indépendance et d'impartialité.

Les actes de cette journée de droit international de l'ENS offrent une analyse des politiques étatiques relatives à certains juges internationaux dans le cadre du mouvement actuel de défiance plus général à l'égard des traités et institutions multilatéraux. Cependant, malgré l'angle d'étude annoncé, l'analyse demeure mesurée en mettant en lumière l'état des relations entre Etats et juridictions internationales et le constat d'opposition globale, mais n'aborde que timidement la légitimité des sources de ces tensions. Les actes de la journée d'études du droit international de l'ENS de novembre 2018 à paraître, consacrée à la dénonciation des traités sera peut-être l'occasion de se pencher sur les raisons de ce mouvement de rejet, enjeu central du droit international contemporain.

SONTIA NKENKEU-KECK

TANZI (ATTILA M.). – *A Concise Introduction to International Law*, 1 vol. broché de 235 p., 2019, Turin (G. Giappichelli Editore / Eleven international publishing), ISBN : 978 9 462 36931 3 14

L'amour de sa matière, la discipline de sa transmission, la rigueur foisonnante de sa présentation à la fois concise en la forme et diverse en son fond font de cet ouvrage un livre rare. Un livre miroir, traduisant un droit international en évolution, institutionnelle et matérielle, subissant, comme tout objet vivant, la pénétration dans une ère où tout bouge à la fois – ce qu'on appelle l'information. L'ordre suivi, pédagogique et dynamique, fait la part belle et méritée à l'histoire en mouvement, en intégrant les différents plans (européens inclus) et en laissant au lecteur la possibilité éclairée de se faire son idée propre – le classicisme étant parfois innovant. Les références choisies ne manquent pas non plus, pour qui serait tenté – l'envie étant donnée – d'approfondir tel ou tel aspect particulier d'une question à la multiplicité démontrée. Les liens avec le droit international privé, le champ des sujets (ONG, personnes humaines, etc.), tout cela est remarquablement expliqué, avec cette simplicité qu'on envie, dont on se dit après coup

qu'elle était l'évidence, cette aisance élégante propre à qui maîtrise. Les notes de bas de page sont sous contrôle aussi, modérées, n'envahissant pas le corps d'un texte aux idées ordonnées et subtilement surlignées – et ne nuisant surtout pas à la l'intelligence cohérente de l'ensemble. Même la question des sources est traitée sous l'angle de l'évolution, et cette présentation seule, volontiers intégrée, est innovante et à souligner. Pour qui veut se faire une première idée de la chose internationale, de ses changements et de ses champs de défi et du possible, ce livre, de la part d'un professeur aux multiples talents et enseignements, est parmi ce qui se fait de mieux. Bien entendu, la place étant comptée et l'objet étant une présentation introductive, certains sujets de fond (les droits de l'homme, par exemple), sont présentés comme des champs particuliers – d'un droit général – ou comme des illustrations – d'une harmonie autre. Mais même là, et encore ici, l'auteur nous livre le meilleur : l'envie.

JÉRÔME BENZIMRA-HAZAN

CAHIN (GÉRARD), POIRAT (FLORENCE) ET SZUREK (SANDRA) (dir.). — *La France et la condition internationale des personnes et des biens*, 1 vol. broché de 526 p., 2019, Paris, (Pedone), ISBN : 978 2 233 009203 15

Le présent recueil, dirigé par les Professeurs CAHIN, POIRAT et SZUREK, représente le troisième tome consacré à l'étude des relations entre la France et le droit international. Faisant suite aux journées d'étude s'étant tenues entre 2014 et 2016 dans les universités Panthéon-Assas et Paris-Sud-Paris-Saclay, ce troisième ouvrage vient parachever une collection déjà riche de deux recueils, proposant respectivement un panorama général de la politique juridique extérieure française puis un examen de cette politique en lien avec les organisations internationales.

Cet ouvrage promet une analyse de la politique juridique extérieure française vis-à-vis de la condition internationale des personnes et des biens. Le recueil propose une étude globale en exposant les principes généraux applicables à la matière tout en y adjoignant une étude plus casuistique fort éclairante. L'ouvrage opte pour une séparation claire, recueillant des contributions s'intéressant dans un premier temps au rattachement à l'ordre juridique français, puis, dans un second temps, à la condition internationale des personnes et, enfin, à la condition internationale des biens.

S'agissant tout d'abord de la première partie du corpus, celle-ci permet indubitablement d'appréhender les modalités de rattachement de personnes ou de biens à l'ordre juridique français. Il s'agit dès lors d'examiner la notion classique de territorialité. En effet, comme l'expose le Professeur FLEURY-GRAFF, « localiser est bien l'opération première à effectuer lorsqu'un tel rattachement (*i.e.* : celui d'une personne ou d'un bien à un ordre juridique national) est interrogé » (page 9). Il s'agit également d'explorer les diverses compétences pouvant être exercées, notamment la compétence personnelle et la compétence universelle. Au-delà des définitions classiques, il s'agit d'interroger la particularité de ces compétences, notamment en lien avec la compétence territoriale dans la contribution des Professeurs HAMANN et CAHIN (pages 23-47). L'ouvrage se poursuit par l'étude précise du cas des véhicules puis par celle des activités illicites commises dans le cyber espace. Cette combinaison, entre problématiques générales et cas d'espèces présentant des particularités incontestables, permet de saisir au mieux l'enjeu du rattachement à l'ordre juridique français.

S'agissant ensuite de la seconde partie de l'étude, consacrée à la condition internationale des personnes, celle-ci propose une classification claire des différentes options possibles : condition du national français, celle des français à l'étranger et enfin celle des étrangers en France. Cette distinction, fondée sur la nationalité, paraît effectivement pertinente en ce que « la nationalité en tant que facteur de rattachement à un Etat et à un système juridique, est aujourd'hui en crise, dans cette double dimension » comme l'expose le Professeur FULCHIRON (page 102). Plus encore, l'étude - fort engagée - de la condition des étrangers est d'autant plus congrue qu'il est possible de considérer, à l'instar du Professeur PARROT, que « la belle thèse de Vittoria selon laquelle il existerait un droit général de circulation fondée sur la raison naturelle que les Etats souverains ne sauraient limiter a vécu. Aujourd'hui, c'est le principe exactement inverse qui a force de loi » (page 182). Cette seconde partie du recueil fait ainsi la part belle à des interrogations techniques, comme celle du principe de subsidiarité des conventions fiscales, mais aussi fort discutées, telle que la double nationalité ou encore l'accueil des réfugiés.

S'agissant enfin de la troisième partie du recueil, celle-ci se consacre à l'étude de la condition des biens. L'importance de cet examen étant parfois minoré, il est éminemment approprié que le présent corpus s'y intéresse. L'ouvrage parvient ainsi à réaliser un exposé assez complet de la question, quand bien même « la diversité des biens (...) et des régimes (...) rend difficile une appréhension unifiée » (page 361) selon le Professeur COULÉE. Il est donc procédé à une classification opportune des biens pouvant être concernés par ce rattachement, en distinguant les biens français à l'étranger, des biens étrangers en France, tout en soulignant le cas particulier des biens du patrimoine mondial en France. L'étude se poursuit par la présentation d'éléments particulièrement pertinents du régime juridique de ces biens, pour s'intéresser enfin - de manière plus approfondie - à la problématique saillante en la matière, à savoir la question de l'acquisition illicite de biens.

La présente compilation procède ainsi à un panorama très large et pertinent de la position française face à la condition internationale de certaines personnes et de certains biens. Outre des éléments de contexte et de régime plus généraux, indispensables pour appréhender le domaine, l'ouvrage présente de manière très opportune certains enjeux précis, ce qui permet indubitablement une compréhension affinée de la matière. Ce troisième tome vient donc enrichir une collection particulièrement bienvenue pour quiconque souhaite bénéficier d'une présentation complète des relations juridiques de la France avec la sphère internationale.

CLAIRE MÉRIC

AURESCU (BOGDAN), PELLET (ALAIN), THOUVENIN (JEAN-MARC) ET GÅLEA (ION) (dir.). — *Actualité du droit des mers fermées et semi-fermées*, 1 vol. broché de 211 p., 2019, Paris (Pedone), ISBN : 978 2 233 00922 7 16

Fruit d'une réflexion franco-roumaine tenue à Bucarest en 2016, ce nouveau numéro des *Cahiers internationaux* propose une étude de la notion et du régime juridique applicable aux mers fermées et semi-fermées. Au-delà de l'exégèse du texte de la Convention de Montego Bay, ces actes alternent entre une approche théorique et des études de cas résolument pratiques. Le but affiché est de répondre aux questions de la délimitation unilatérale, conventionnelle ou juridictionnelle, de la gouvernance et de la

sécurité de ces espaces maritimes particuliers. A ce titre, les différents exemples mis en exergue par l'ouvrage sont riches d'enseignement et mettent en exergue la diversité des solutions adoptées pour répondre aux problèmes topiques des mers fermées et semi-fermées.

L'approche notionnelle est bienvenue tant ce « domaine de niche » apparaît comme un objet d'étude sous-développé par une doctrine qui semblait se contenter de définir ces espaces par le critère de la salinité de leur eau ou par des critères d'étendue qui peuvent paraître arbitraires. Le droit positif n'est pas plus éloquent puisque la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer se contente de définir les mers fermées et semi-fermées comme « *un golfe, un bassin ou une mer entourée par plusieurs Etats et relié à une autre mer ou à l'océan par un passage étroit, ou constitué, entièrement ou principalement, par les mers territoriales et les zones économiques exclusives de plusieurs Etats* » (CNUDM, art. 122), et d'inciter les Etats riverains de telles étendues d'eau à coopérer pour leur gestion (CNUDM, art. 123). Il est évident que cette définition interpelle le juriste du fait qu'elle fusionne deux types d'espaces différents et se démarque par sa « relativité ». Elle ne concerne que les espaces maritimes partiellement ou entièrement clos qui sont partagés par au moins deux Etats. De fait, cette définition exclut à juste titre des étendues d'eau similaires qui appartiendraient aux eaux intérieures d'un seul Etat. L'utilité de l'article 122 comme moyen de qualification juridique pourrait paraître douteuse. Toutefois, cette disposition doit être lue à l'aune de l'objet et le but de la Convention de Montego Bay de promotion de liberté de navigation qui implique une coopération entre les Etats riverains d'un même espace maritime. Or, la question des mers fermées et semi-fermées, parce qu'elles sont géographiquement difficilement accessibles, voire inaccessibles, via le réseau que constituent les océans, ne s'inscrit que partiellement dans cette raison d'être du droit de la mer. Cette séclusion entière ou partielle entraîne des problèmes, notamment environnementaux, propres à ces espaces partagés qui justifient la diversité des options choisies.

In fine, le fonctionnement complexe de cette notion (s'il s'agit réellement d'une notion juridique) entraîne une incertitude quant au régime juridique applicable : droit commun de la mer ou arrangements régionaux *sui generis* ? Le fait que les solutions régionales semblent s'être autant départies d'un régime général peu usité suscite même la question de l'applicabilité d'autres régimes juridiques. On aurait par exemple pu s'interroger sur un rapprochement entre le régime applicable aux mers fermées et le droit des voies navigables internationales dès lors que certains assimilent les mers fermées à des lacs (voy. TAVERNIER (P.), « Le statut juridique de la mer Caspienne : mer ou lac ? », *Actualité et Droit International*, oct. 1999, <http://www.ridi.org/adi>). En effet, les problématiques de coopération internationale soulevées par les mers fermées comme la mer Caspienne ne sont certainement pas si éloignées des problématiques auxquels les Etats riverains du lac Victoria doivent faire face.

PIERRE DURAND

FENG (SHUJIE). — *La mise en œuvre du droit de l'OMC en matière de propriété intellectuelle en Chine*, 1 vol. broché de 330 p., 2019, Paris (Pedone), ISBN : 978 2 233 00924 1 17

Cet ouvrage est issu d'une thèse de doctorat soutenue à l'Université Panthéon-Sorbonne. Son auteur est aujourd'hui professeur à l'Université Tsinghua de Pékin. Retenant une approche comparatiste, il examine la manière dont la Chine et la France ont donné effet, dans leur droit interne respectif, aux dispositions de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, dit Accord ADPIC, en particulier les dispositions relatives aux brevets. Il y a là un domaine où l'opposition d'intérêts entre États est marquée selon leur niveau de développement économique, technologique et juridique. Pour les États en développement, prévoir un régime de brevets implique une évolution importante de leur législation au profit d'entreprises étrangères souvent originaires d'États développés. Quant à la Chine, longtemps perçue comme l'usine du monde, ses autorités souhaitent aujourd'hui qu'elle soit un berceau d'innovations. A cette fin, elles imposent largement les transferts de technologie, une pratique qui a récemment suscité des plaintes de la part de l'Union européenne et des États-Unis devant l'Organe de règlement des différends de l'OMC.

Après un chapitre préliminaire retraçant l'évolution du droit de la propriété intellectuelle en Chine, l'ouvrage se divise en deux parties : la première est consacrée aux objets à protéger par l'octroi de brevets et la seconde aux droits à reconnaître aux détenteurs de brevets au sein des législations nationales. Les développements de l'auteur sont toujours construits de la même manière, ce qui en facilite la lecture. Après un rappel des dispositions pertinentes de l'Accord ADPIC, il décrit le régime juridique chinois avant de le comparer au régime français. Il ne s'interdit pas non plus certaines références aux régimes des États-Unis ou de l'Union européenne. Si le sujet apparaît technique, l'ouvrage aborde une problématique susceptible d'intéresser tout internationaliste, celle de l'exécution d'un traité, par chacune des parties contractantes, au sein de son ordre interne. Deux publics distincts sont ainsi visés : d'une part, les spécialistes de droit de la propriété intellectuelle, qui trouveront une présentation claire et précise du droit chinois des brevets. D'autre part, les internationalistes publicistes qui peuvent sans mal se laisser guider par les explications de l'auteur, particulièrement pédagogue dans sa présentation des questions de propriété intellectuelle.

L'ouvrage illustre bien la complexité du système OMC. L'Accord ADPIC est un peu à part au sein des accords de Marrakech tant du point de vue de son but, qui ne se réduit pas à la promotion de l'accès au marché, que de son objet, en ce qu'il prescrit aux Membres l'adoption de certaines normes substantielles et procédurales assurant la protection de la propriété intellectuelle dans leurs ordres internes. Pourtant, l'étude identifie et éclaire des difficultés d'interprétation et d'application qui se retrouvent ailleurs dans les accords de l'OMC. Afin de délimiter le champ d'application de ses dispositions en matière de brevets, l'Accord ADPIC recourt à de nombreuses expressions sans les définir, ainsi des termes d'« invention » ou de « domaine technologique ». L'absence de définition doit permettre la mise en œuvre de l'Accord au sein d'ordres juridiques et de contextes politico-économiques variés (on rappellera que l'OMC compte aujourd'hui 164 Membres). Les expressions employées dans le traité suscitent alors des interprétations nationales qui peuvent ou non se rejoindre. Les convergences entre les interprétations nationales font émerger ce que l'auteur qualifie de « *consensus minimum* ».

[...] à l'échelle internationale ». Selon lui, un tel consensus s'impose au juge de l'OMC lorsqu'il est lui-même amené à interpréter les expressions conventionnelles en question (p. 70 et p. 262). L'auteur ne précise toutefois pas en quoi un tel consensus est pertinent au regard des règles coutumières d'interprétation (p. 70 et p. 262). Mais il insiste sur le caractère évolutif d'un tel consensus, qui est capable de s'adapter aux développements scientifiques et technologiques. Il reste que pour certaines expressions employées dans l'Accord ADPIC, aucun consensus n'a encore émergé à l'échelle internationale : les interprétations nationales des différents Membres de l'OMC restent divergentes. C'est le cas en ce qui concerne la possibilité reconnue à l'article 27.3(b) de l'Accord ADPIC d'exclure de la brevetabilité les inventions portant sur les « végétaux » et les « animaux ». Pour l'heure, il n'y a donc pas de position partagée entre les Membres de l'OMC quant à l'inclusion des inventions biotechnologiques au sein du champ des objets brevetables.

L'auteur ébauche également une catégorisation des dispositions conventionnelles selon le type d'obligations qu'elles imposent aux Membres de l'OMC. Il évoque des obligations de moyens et des obligations de résultat, dont l'exécution serait réalisée de manière différente (p. 200 et p. 253). On regrettera toutefois qu'il ne s'attarde pas sur le sens et la portée de cette distinction. L'article 33 de l'Accord ADPIC fait figure d'exception. Celui-ci prescrit que la protection d'un brevet doit s'étendre sur 20 ans ; dès lors sa mise en œuvre ne laisse aucune marge de manœuvre aux Membres. Mais la plupart des dispositions conventionnelles relatives aux droits de brevet sont beaucoup moins précises. Dit autrement, si l'Accord ADPIC conduit à une harmonisation des droits internes en matière de brevet, tant du point de vue des droits substantiels reconnus au détenteur d'un brevet que des moyens procéduraux de faire respecter ces droits, il ne va pas jusqu'à imposer une unification de ces droits internes.

L'approche retenue par l'auteur lui permet de souligner les convergences et les divergences entre les régimes chinois et français en matière de brevets. Cela le conduit à des conclusions *a priori* contre-intuitives. Ainsi, concernant les moyens de lutte contre la contrefaçon le régime chinois serait plus protecteur que le régime français (p. 222). Dans l'ensemble, l'auteur relève que les régimes chinois et français des brevets sont tous deux conformes aux dispositions de l'Accord ADPIC malgré leurs nombreux points de divergences. Cela montre que les Membres de l'OMC conservent, y compris dans le cadre de l'Accord ADPIC, une « marge d'appréciation », leurs autorités nationales étant les « mieux placées » pour effectuer les choix éthiques, politiques et économiques inhérents à tout régime de brevets. Les concepts de marge nationale d'appréciation et de subsidiarité, bien connus des spécialistes du droit européen des droits de l'homme, sont ainsi directement mobilisés par l'auteur (p. 133 et p. 156).

MATHILDE FRAPPIER

DE FROUVILLE (OLIVIER), TAVERNIER (JULIE) (dir.). — La Déclaration universelle des droits de l'Homme, 70 ans après : Les fondements des droits de l'Homme au défi des nouvelles technologiques, 1 vol. broché de 220 p., 2019, Paris (Pedone), ISBN : 978 2 233 00930 2 18

L'ouvrage, publié sous la direction d'Olivier DE FROUVILLE (Professeur à l'Université Paris 2 Panthéon-Assas) et de Julie TAVERNIER (Docteur en droit de l'Université Paris 2 Panthéon-Assas), rassemble les Actes d'un colloque organisé les 13

et 14 décembre 2018 par le Centre de Recherche sur les Droits de l'Homme et le droit humanitaire (CRDH) que dirige le premier des directeurs de la publication. Réunissant une quinzaine d'universitaires et praticiens, cette dernière, intervenant moins d'un an après la tenue du colloque, s'annonce d'emblée ambitieuse et originale. Les publications « anniversaires » d'un texte, *a fortiori* aussi fondateur que celui faisant l'objet de la réflexion, constituent en effet des exercices délicats ; il est, bien souvent, malaisé d'échapper à la mise en exergue d'un bilan souvent mitigé de l'application du texte, et difficile de conclure autrement que par un appel à son renforcement et/ou une plaidoirie pour des moyens accrus. Rappelé par Danièle LOCHAK se félicitant, dans ses Conclusions générales, « du choix de l'angle d'attaque proposé, qui nous permet de sortir des discussions éternellement ressassées [...] sur l'universalité [...] des droits de l'Homme et sur leur effectivité » (p. 203), cet écueil est magistralement évité par le choix d'un thème imposant une lecture de la Déclaration au regard non du passé, mais du présent et du futur. Pour autant, l'on ne partage pas pleinement le constat initial selon lequel il existerait une véritable « avarie des recherches et réflexions en cours » sur les questions abordées (p. 15). Cette avarie semble pouvoir être relativisée au regard du nombre grandissant de publications et de projets de recherches directement et indirectement liés à la régulation des nouvelles technologies, à l'impact de ces dernières sur notre environnement juridique et à l'adaptation dynamique du droit de leur fait. Il n'en demeure pas moins que l'ouvrage présenté comprend des contributions novatrices, constituant ainsi indubitablement une pierre significative à l'édifice et un apport majeur à la réflexion sur l'avenir de la Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH), dans un contexte radicalement différent de celui ayant présidé à son adoption.

Le volume est divisé en quatre parties consacrées respectivement à la dignité humaine, à la vie privée, à l'égalité puis « aux responsabilités » – expression qui ne figure certes pas dans la lettre de la DUDH mais demeure centrale pour assurer son effectivité (p. 14). S'ouvrant sur une analyse historique de la dignité humaine comme fondement philosophique de la DUDH (Laurent TRIGEAUD), la première partie se poursuit sur de très intéressantes réflexions sur les problèmes juridiques posés par le transhumanisme (Pierre-François LAVAL). Le principal étant « la nécessité de ne pas aboutir à des inégalités entre êtres humains et transhumains qui aboutiraient à ne plus pouvoir les faire relever d'un seul et même droit » (p. 47), il ne s'agit pas pour autant de « refuser leur part d'humanité et de droits aux transhumains » (p. 50), de sorte qu'un renforcement de la notion de personnalité juridique, comme « porteuse des droits » (*idem*), s'avère selon l'auteur souhaitable par l'intégration de notions telles que la sensibilité, la capacité d'émotion ou encore la dignité. À ces propositions, qui montrent que la doctrine juridique se saisit aujourd'hui pleinement de cette question bien connue des politistes, succède une dense étude relative à l'ectogenèse (Victoria BELLAMI). Face à l'impossibilité tant de la prohiber que de l'autoriser de manière libérale, l'auteure propose l'exploration d'une voie pour l'instant peu explorée en droit international : son autorisation réglementée (p. 61). L'idée d'un « droit à la gestation artificielle/non-naturelle » (p. 76) à côté d'un droit à la gestation naturelle, tout comme celle – proposée par ailleurs par la doctrine – d'un nouveau droit explicite « de ne pas transférer ses gènes » (p. 81), ne manquera pas de soulever des débats. Les pistes ouvertes sont néanmoins pesées et discutées par l'auteure, qui livre de nombreux arguments de nature à étayer les discussions à venir, confirmant la richesse de cette première partie que

clôture une contribution plus pratique relative au volet participatif des travaux du Comité consultatif national d'éthique en matière de bioéthique (JEAN-FRANÇOIS DELFRAISSY).

La deuxième partie, portant sur la redéfinition de la vie privée, est composée de deux contributions. Précédant une contribution relative aux travaux de la Commission nationale consultative des droits de l'homme sur la question (MAGALI LAFOURCADE), Anne-Thida NORODOM revient sur un sujet dorénavant connu de la doctrine : les données personnelles et le *big data* face à la vie privée. L'originalité de la contribution est toutefois double. D'abord, l'auteure propose de s'interroger sur l'utilité d'utiliser la DUDH pour protéger, dans le contexte actuel, la vie privée, entreprise *a priori* inédite. De manière très réaliste mais également innovante dans le paysage doctrinal, l'auteur précise d'emblée que la solution « de facilité » consistant à proposer l'adoption de nouvelles règles face aux nouveaux phénomènes n'est pas adaptée : « comme les problèmes rencontrés ne sont pas nouveaux dans leur nature mais décuplés dans leur ampleur [par les nouvelles technologies], l'adoption de règles nouvelles se traduit par une prolifération normative qui, sous couvert de mieux protéger les droits de l'homme, peut apparaître au contraire plus liberticide » (p. 93). Une analyse précise de l'adaptation tant du cadre que du contenu de la DUDH lui permet alors de conclure, sans doute contrairement à l'horizon d'attente initial du lecteur, que la Déclaration « n'est en rien un instrument obsolète pour réguler les activités numériques » (p. 105).

La troisième partie est consacrée aux nouvelles frontières de l'égalité, dont les liens avec la notion de dignité sont tels que certaines contributions de la première partie ont pu à l'occasion l'aborder. Notant que « loin d'inciter à inventer de nouveaux droits pour tenter de la contenir, la révolution technologique invite plutôt à mieux dévoiler ce qui forme le soubassement des valeurs universelles des droits de l'homme » (p. 134), Edouard DUBOUT livre une contribution inaugurale dont la densité philosophique et épistémologique fait que le lecteur aurait, *in fine*, apprécié la lire en début d'ouvrage. Abordant la question des droits des femmes, SOPHIE GROSBON, s'appuyant notamment sur des outils précis tels que l'observation des fréquences d'usage de certains termes sur Google Translate (p. 144), note qu'Internet constitue un vecteur des comportements genrés de notre société. Espace d'émancipation, Internet est également, à l'évidence, un espace d'épanouissement des stéréotypes contre lesquels l'Etat ne peut que difficilement lutter. Laurent GAMET examine enfin, pour conclure lui aussi à la « grande modernité » de certaines dispositions de la DUDH (p. 157), la question souvent éludée des droits sociaux face aux nouvelles technologies : le droit au travail – ou plutôt, dorénavant, au travail décent, ce que ne contredit par l'article 23 de la Déclaration (p. 154) – et le droit à la sécurité sociale garanti par son article 22.

Intitulée « nouveaux droits, nouvelles formes de contrôle », la quatrième partie constitue le rassemblement de deux panels, initialement consacrés aux responsabilités et à la contribution des nouvelles technologies à l'établissement des faits. Au final, elle se concentre sur les conséquences des nouvelles technologies sur les contentieux relatifs au droit international des droits de l'homme. Leurs impacts sont d'abord analysés sous l'angle de droits digitaux émergents (Yuval SHANY) et des droits processuels existants malmenés par l'existence d'espaces judiciaires virtuels (Etienne DESHOULIÈRES). Les deux dernières contributions s'intéressent à l'importante question de l'établissement des faits au contentieux. Sarah JAMAL constate à juste titre que l'accès à distance, permettant grâce aux nouvelles technologies de passer outre l'absence de consentement étatique à la

présence d'enquêteurs *in situ*, ne peut la remplacer pleinement, et soulève même de nouvelles difficultés (pp. 186-193). Catherine MARCHI-UHEL illustre enfin ces propos par un exposé pratique, et à certains égards édifiant, du travail mené par le Mécanisme international, impartial et indépendant d'enquête sur la Syrie qu'elle a présidé : « [L]e travail du Mécanisme s'oppose directement à ce flot de désinformation et de fausses déclarations. Notre travail ne bouge pas à la vitesse de la propagation des rumeurs sur Internet » (p. 202).

Au terme de la lecture de ces Actes, la place du droit dans l'encadrement du rapport entre nouvelles technologies et exercice des libertés fondamentales ne peut qu'interroger. Tel est d'ailleurs l'objet de l'ultime développement des très enrichissantes conclusions de Danièle LOCHAK. Réserve quant à certaines des propositions les plus optimistes formulées par plusieurs contributeurs, l'auteure rappelle que sans être une question réellement nouvelle, celle de l'articulation entre les rôles respectifs du droit, du pouvoir économique des multinationales et de l'éducation citoyenne dans la régulation des conséquences des nouvelles technologies continue de se poser, sans doute de manière accrue. Plus encore, les conclusions abordent la question fondamentale de l'obligatorité de la DUDH et de ses déclinaisons, qui aurait peut-être mérité une contribution à part entière : « le fait-même qu'aucun de ces textes ne soit contraignant n'est-il pas un signe de l'incapacité des Etats à se mettre d'accord autrement que sur des principes vagues ? Ne sont-ils pas du reste déjà dépossédés de leurs prérogatives face aux multinationales [...] ? » (p. 217).

Malgré les développements riches et consistants du volume, le lecteur regrettera, peut-être et dans la continuité de ce propos, que le volet « responsabilités » du colloque n'ait pas été pleinement reproduit voire approfondi dans le cadre de l'ouvrage – bien qu'il fasse l'objet d'une synthèse stimulante, en introduction, par les directeurs de publication (pp. 14-15). Ces Actes s'inscrivent, en tout état de cause, dans la vaste entreprise doctrinale de réflexion sur l'utilité et l'adaptation des outils juridiques internationaux face aux nouvelles technologies, et constituent de réels apports à la réflexion sur les sujets abordés. Ils ont ainsi immanquablement vocation, au-delà du droit international des droits de l'homme, à rejoindre toute bonne bibliothèque consacrée au droit international des nouvelles technologies et du numérique.

RAPHAËL MAUREL

BUCHAN (RUSSEL). — *Cyber Espionage and International Law*, 1 vol. broché de 219 p., 2019, Oxford (Hart Publishing), ISBN : 978 1 782257363 19

Si les études juridiques sur le renseignement se sont faites moins rares depuis le milieu des années 2000, en particulier chez les universitaires anglo-saxons, un ouvrage de référence sur le cyber-espionnage en droit international faisait encore défaut. C'est désormais une lacune comblée par Russell BUCHAN, professeur de droit (*Senior Lecturer in law*) à l'université de Sheffield, dont le livre vient opportunément et avantageusement compléter le *Manuel de Tallinn 2.0*¹ consacré aux cyber-opérations en temps de paix.

¹ Michael N. SCHMITT, *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations*, Cambridge University Press, 2017, 598 pages. Comme le souligne un auteur, « le *Manuel de Tallinn* offre une des rares études approfondies du droit international existant, et se distingue des autres études par son approche résolument pratique, ce qui en fait un document incontournable. En effet, à l'inverse d'un

Russell BUCHAN couvre l'ensemble du spectre du droit du cyberspace appliqué aux activités de renseignement en huit chapitres clairs et concis², parmi lesquels les parties consacrées au « domaine réservé », au cyber-espionnage économique et au statut du cyber-espionnage en droit international sont extrêmement stimulantes en même temps que novatrices.

Considérant que le cyber-espionnage se compose de quatre éléments constitutifs (à savoir, la collecte non-consensuelle³ d'informations confidentielles qui se trouvent dans le cyberspace ou qui y transitent), l'auteur part du constat que les Etats tirent profit du cyberspace pour accroître leurs activités d'espionnage à des fins de recueil de renseignements politiques et économiques, et estime que ces dernières sont de nature à menacer la paix et la sécurité internationales ; rejetant en outre les théories traditionnelles selon lesquelles l'espionnage, et donc le cyber-espionnage, ne sont pas pris en considération par le droit international, il montre que principes généraux du droit international (règles de la souveraineté territoriale, de la non-intervention et du non-recours à la force) et régimes juridiques spécialisés du droit international (corpus diplomatique et consulaire, droit international des droits de l'homme, droit international économique) régulent indirectement le cyber-espionnage. Pour Russell BUCHAN, il serait temps que les gouvernements réfléchissent à un « droit international du renseignement » (*international law of espionage*⁴) qui, en tant que *lex specialis*, contiendrait certaines règles spécifiquement conçues pour faire face à la menace croissante représentée par le cyber-espionnage. Il faut lire les passages dédiés au principe de territorialité dans le cyberspace à l'aune de la doctrine récemment formulée par le ministère français des Armées : « Au regard du droit international, une cyber-opération n'est pas illicite en soi,

travail purement académique ayant vocation à analyser et discuter le droit applicable, le *Manuel de Tallinn* se présente sous forme de règles suivies d'un commentaire le rendant plus opérationnel. » (François DELERUE, « Analyse du *Manuel de Tallinn 2.0 sur le droit international applicable aux cyber-opérations* », CEIS / DGRIS, novembre 2017, p. 10-11.)

² Ces huit chapitres sont : définition du cyber-espionnage ; cyber-espionnage et paix et sécurité internationales ; cyber-espionnage et règles de la souveraineté territoriale ; cyber-espionnage et droit diplomatique et consulaire ; cyber-espionnage et droit international des droits de l'homme ; cyber-espionnage économique et Organisation Mondiale du Commerce ; cyber-espionnage et existence d'exceptions en droit international coutumier ; cyber-espionnage et doctrine de la légitime défense et de la nécessité.

³ Le cyber-espionnage ne porte pas atteinte à l'intégrité des données recueillies ou au réseau qui les héberge : c'est une simple « copie » des données (par opposition aux cyber-attaques). Plus largement, l'espionnage, se caractérisant par l'absence de tout élément de coercition, n'enfreint pas la règle de non-intervention dans les affaires intérieures et extérieures des Etats. Cependant, R. Buchan semble entrevoir un « tournant » dans les conséquences de l'affaire Edward Snowden, ancien employé de la NSA, dont les révélations, à partir de l'été 2013, auraient incité certains Etats victimes à considérer de plus en plus l'espionnage comme une interférence inadmissible dans l'exercice des fonctions gouvernementales (p. 61). Il n'en reste pas moins qu'à ce jour, aucun texte contraignant n'a été adopté dans le sillage de cette affaire, en dépit des résolutions et enquêtes parlementaires y afférentes : on a assisté, en quelque sorte, à un « long-feu juridique » (voir F. LAFOUASSE, « 'Le silence est d'or' : réflexions juridiques sur l'espionnage entre Etats » in *Faut-il prendre le droit international au sérieux ?*, Paris, Pedone, 2016, p. 165-175).

⁴ On notera que, dans les études juridiques sur le renseignement, le terme de « *international law of intelligence* » est préféré à celui de « *international law of espionage* », les activités de renseignement couvrant un spectre plus large que celui du recueil clandestin de renseignement, qui relève de l'espionnage *stricto sensu*.

mais peut le devenir dès lors qu'elle ou les effets produits entraînent des violations du droit international⁵. »

L'auteur met l'accent sur un fait saillant irréfragable : les Etats qui, traditionnellement, conservaient le secret sur leurs activités de renseignement, empêchant dans le même mouvement l'émergence d'un « droit international du renseignement », sont désormais plus enclins à s'exprimer sur le sujet, et ont de surcroît, pour un certain nombre d'entre eux, adopté des lois sur le renseignement, lesquelles vont parfois jusqu'à encadrer leurs opérations à l'étranger. En quelque sorte, les Etats sont devenus suffisamment « matures » pour reconnaître officiellement que le renseignement est une partie intégrale du jeu des relations internationales en même temps qu'une « politique publique⁶ » à part entière. Il en tire la conclusion que le moment est opportun pour développer, par l'adoption d'un traité ou, plus progressivement, par la voie coutumière, un « droit international du renseignement » contenant des règles « sur mesure » qui délimiteraient notamment selon quelles circonstances le recueil d'informations confidentielles est acceptable.

On peut ne pas être d'accord avec cette conclusion partielle posée par Russell BUCHAN. En effet, c'est écarter ici trop rapidement le principe de réciprocité si bien ancré dans les relations interétatiques, qui trouve à s'exprimer avec un éclat tout particulier en matière de renseignement ; autrement dit, aussi longtemps que les Etats estimeront qu'ils gagnent davantage à espionner les autres Etats tout en étant eux-mêmes espionnés, la probabilité d'une prohibition de l'espionnage, même partielle, ne concernant par exemple que le cyber-espionnage politique et économique, reste extrêmement faible⁷. Il ne faut *in fine* jamais perdre de vue que chaque Etat est simultanément un Etat espionnant et un Etat espionné. A tout prendre, une tentative de régulation de l'interception des communications internationales, sur la base des législations nationales en la matière, des résolutions des organismes des droits de l'homme et des arrêts pertinents de la Cour européenne des droits de l'homme⁸, n'est pas inenvisageable au cours des prochaines années, à l'intersection du droit international des communications, du droit international des droits de l'homme et du « droit international du renseignement ».

⁵ Ministère des Armées, *Droit international appliqué aux opérations dans le cyberspace*, 9 septembre 2019, p. 6. Etant entendu que « La qualification du seuil de violation résulte d'une décision politique formulée au cas par cas à la lumière des critères établis par le droit international. » (*ibid.*)

⁶ A titre d'exemple, rappelons que la loi française n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement dispose que : « La politique publique de renseignement concourt à la stratégie de sécurité nationale ainsi qu'à la défense et à la promotion des intérêts fondamentaux de la Nation. Elle relève de la compétence exclusive de l'Etat. » (Art. L. 811-1)

⁷ On se souviendra que, si la Chine, d'une part, et la Russie, les Etats-Unis, le Royaume-Uni et le Canada, d'autre part, ont conclu, entre 2015 et 2017, des « accords de cyber-sécurité dans le domaine du renseignement économique » (dont l'une des clauses dispose que les gouvernements signataires s'engagent à ne pas commettre ou à ne pas appuyer délibérément le vol de données liées à la propriété intellectuelle par le recours à des cyber-opérations), ces Etats ont sciemment privilégié, en l'espèce, la forme de l'acte concerté non conventionnel bilatéral, dont la flexibilité juridique même sied parfaitement aux activités de renseignement.

⁸ Pour la seule année 2018, on peut s'en tenir aux deux arrêts emblématiques *Centrum för Rättvisa c. Suède* (arrêt du 19 juin 2018) et *Big Brother Watch and Others c. Royaume-Uni* (arrêt du 13 septembre 2018) ; il n'est évidemment pas anodin que le collège de la Grande Chambre ait accepté, le 5 février 2019, le renvoi de ces deux affaires devant la Grande Chambre, à la demande des requérants, insatisfaits de certaines des conclusions de la Cour.

A n'en pas douter, cet ouvrage représente pour le cyber-espionnage ce que *International Law and Espionage*⁹, publié en 1995, a représenté pour les études sur le renseignement en son temps : une somme pionnière, rassemblant l'ensemble des connaissances nées de l'interaction entre règles du droit international, techniques de renseignement et cyberspace, et s'appuyant sur une jurisprudence particulièrement abondante et éclairante, issue des tribunaux nationaux comme des juridictions internationales.

FABIEN LAFOUASSE

JAN-HENDRIK DIETRICH ET SULE (SATISH) (dir.) . — *Intelligence Law and Policies in Europe. A Handbook*, 1 vol. broché de 591 p., 2019, Munich (Beck), 2019, ISBN: 978-3406694554 20

Quand bien même les travaux académiques sur le renseignement font aujourd'hui florès, les études juridiques y consacrées en constituent encore la portion congrue. C'est pourquoi tout nouvel ouvrage abordant les activités de renseignement avec le regard iconoclaste que le juriste peut poser sur les *arcana imperii* mérite d'être salué comme il se doit : une pierre apportée à l'édifice en construction du « droit du renseignement ». L'ouvrage collectif co-dirigé par J.-H. DIETRICH et S. SULE, spécialistes reconnus des questions d'espionnage, vient donc très opportunément contribuer à enrichir la branche juridique des *intelligence studies* ; ses auteurs s'inscrivent dans le sillage du *Handbuch des Rechts der Nachrichtendienste*¹⁰ (Manuel du droit des services de renseignement), déjà co-dirigé par le professeur DIETRICH et publié en 2017.

Le « droit du renseignement » repose sur deux piliers : les droits nationaux définissant les missions des services de renseignement et encadrant leurs activités, sur le territoire national comme à l'étranger ; le « droit international du renseignement » (*international law of intelligence*), lequel englobe à la fois les effets juridiques nés des actes d'espionnage entre Etats par « ricochet » avec les règles coutumières et conventionnelles du droit international public (droit des espaces, droit diplomatique et consulaire, droit international des communications, droit international humanitaire, droits de l'homme), et un corpus (tout juste) émergent de normes qui viseraient à « régler » les opérations de renseignement¹¹, au sens où l'on entend l'expression de « guerre réglée » utilisée par les historiens. *Intelligence Law and Policies in Europe* répond à cette double approche en traitant successivement des visées politiques européennes dans le domaine du renseignement, des coopérations entre services de renseignement dans l'Union

⁹ John KISH, *International law and espionage*, La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, XV- 162 p.

¹⁰ J.-H. DIETRICH et S. EIFFLER (s/d), *Handbuch des Rechts der Nachrichtendienste*, Boorberg, Stuttgart, 2017, 1958 p.

¹¹ A. LUBIN, "The Liberty to Spy", *Harvard International Law Journal*, volume 61/1, 2019, pp. 1-45. L'auteur distingue entre un *Jus ad Explorationem*, comprenant les règles encadrant le « droit de lancer une opération de renseignement », fondé essentiellement sur deux motifs d'origine coutumière, à savoir la sécurité nationale et la sécurité, la stabilité et la coopération internationales ; un *Jus in Explorationem*, composé des règles précisant le choix des moyens et des cibles dans la conduite d'une opération de renseignement, et, à ce titre, se référant au corpus jurisprudentiel relatif au respect du droit à la vie privée et à la surveillance générale des communications ; et un *Jus post Explorationem*, agréant les règles mises en œuvre après la fin de l'opération de renseignement, notamment en termes de contrôles et de responsabilités des services spécialisés ; cette catégorie se heurte néanmoins à l'absence d'un principe général de droit reconnu de « transparence » dans les affaires de sécurité nationale.

européenne (et au sein de l'OTAN également), de la conformité des « mesures secrètes de surveillance » aux dispositions pertinentes de la Convention européenne des droits de l'homme, et des lois sur le renseignement (*intelligence law*) en Allemagne, en France et au Royaume-Uni.

Au-delà de ce panorama très complet de l'architecture du renseignement en Europe, sous les prismes politique, juridique, diplomatique et opérationnel, on est tenté de se demander si les auteurs ne chercheraient pas à « réveiller », à « aiguillonner » une ambition, qu'ils jugent probablement trop timide au sein de l'Union européenne, d'un « renseignement européen » encore plus mature, peut-être davantage consolidé, sans ignorer toutefois les résultats déjà obtenus dans la lutte contre le terrorisme ou le crime organisé, et sans oublier évidemment le cadre juridiquement contraignant du respect de la vie privée en vigueur dans nos démocraties. Ils n'oublient pas néanmoins de mentionner, dans un chapitre particulièrement stimulant, les vertus de l'« informalité » entre services spécialisés dans cet « espace européen du renseignement », laquelle peut prendre la forme de « clubs » réunissant, selon des formats *ad hoc*, les services de sécurité et/ou de renseignement sur une thématique précise, ou encore la conclusion de *memorenda of understanding* ou de lettres d'intention entre services de renseignement, tous instruments relevant de l'acte concerté non conventionnel, dont la flexibilité même est de nature à satisfaire les conseillers juridiques des agences de renseignement.

La part dévolue dans cet ouvrage à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) et de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) est – sans surprise – prépondérante : le nombre d'affaires portées devant la CEDH et relatives à la violation, ou non, de l'article 8 (Droit au respect de la vie privée des requérants) à raison de la mise en œuvre de techniques de renseignement par les services autorisés à y recourir est en effet en forte hausse ; la question de la protection des données personnelles représente un enjeu européen majeur, et, au-delà, un enjeu international dans le contexte des échanges de données entre Etats membres de l'UE et pays tiers, que la CJUE a déjà eu l'occasion de traiter à plusieurs reprises au cours de ces dernières années. Les arrêts-pilotes des deux Cours sont abondamment analysés et commentés, offrant un tour d'horizon actualisé au terme duquel pointe une convergence jurisprudentielle déterminant, par étapes, les marges de manœuvre reconnues aux services de renseignement dans l'application de leurs systèmes nationaux d'interception des communications et les limites qui leur sont imposées en matière de recueil et de conservation des données.

On n'oubliera pas d'évoquer les deux chapitres introductifs de l'ouvrage, qui retracent l'évolution historique des activités de renseignement dans l'espace européen et les différentes méthodes de collecte de renseignements, où la part croissante du recueil de données effectué dans le cyberspace (*Digital Intelligence*, DIGINT) est mise en exergue par Sir David OMAND, ancien directeur de l'agence technique britannique (GCHQ). Et c'est bien, en fin de compte, la conjonction entre les volumes faramineux de données en circulation et en dépôt, d'une part, et la « surveillance de masse », comme est dénommée certainement trop rapidement la surveillance générale des communications, d'autre part, qui nourrit les débats entre les acteurs concernés, à savoir les institutions étatiques émettrices de directives à l'adresse de leur communauté nationale du renseignement, les services spécialisés eux-mêmes, les opérateurs de télécommunications

et les fournisseurs d'accès internet (en tant que *surveillance intermediaries*¹²), les organes de contrôle administratifs, judiciaires et parlementaires des activités de renseignement et, enfin, la société civile de « vigilance » dans toutes ses composantes.

Cet ouvrage ambitieux et pionnier ouvre, sans conteste, la voie à une étude holistique comparative des législations nationales sur le renseignement, dans les pays membres de l'Union européenne, dans les États tiers du continent ainsi que dans les autres démocraties pluralistes. Il est en effet toujours fructueux d'observer méticuleusement les mécanismes à l'œuvre dans l'élaboration de « standards » applicables *erga omnes* aux opérations de renseignement conduites à l'initiative des États... à l'heure où « la société de l'accès criminalise l'arcane et l'opaque¹³. »

FABIEN LAFOUASSE

CUDENNEC (ANNIE) ET GUEGUEN-HALLOUET (GAËLLE) (dir.). — *L'U.E. et la mer – 60 ans après les Traités de Rome*, 1 vol. broché de 401 p., 2019, Paris (Pedone), ISBN : 978 2 233 00923 4 21

Le présent ouvrage est issu du colloque international de Brest qui s'est tenu les 23 et 24 novembre 2017. Il s'agit d'une manifestation dans le cadre de la Chaire européenne Jean Monnet « Droit européen de la mer » organisée par l'unité mixte de recherche AMURE Centre de droit et d'économie de la mer, rassemblant des chercheurs de l'Université de Bretagne Occidentale, du département Ressources Biologiques et Environnement de l'Institut Français de Recherche pour l'Exploitation de la Mer (IFREMER) et du Centre national de la recherche scientifique (CNRS), plus spécifiquement de l'Institut Ecologie et Environnement et à l'Institut des Sciences Humaines et Sociales. Il s'inscrit dans une lignée d'actes de colloques de Brest sur le même sujet qu'il met convenablement à jour, dont « L'Union européenne et la mer – Vers une politique maritime intégrée de l'Union européenne ? » d'octobre 2006, sous la direction des Professeures Annie CUDENNEC et Gaëlle GUEGUEN-HALLOUET ou encore « La Communauté européenne et la mer », organisé en octobre 1988.

Contrairement aux actes de colloque habituels, cet ouvrage ne contient pas de propos introductifs à proprement parler. Certaines interventions du colloque (celle de la Professeure Annie CUDENNEC sur les défis de l'Europe maritime, le retour sur l'histoire d'Arnaud JAULIN, celle du Professeur Guillaume LE FLOCH sur le rôle de l'UE dans les affaires maritimes internationales et celle de Pascal LE FLOC'H sur la politique commune de la pêche) sont regroupées ensemble de manière à construire une introduction plus robuste. A travers le manque d'intérêt pour la mer aux débuts de la Communauté européenne (p.28) et l'évolution de la politique maritime intégrée, il est démontré que « la mer constitue un formidable terrain d'analyse de la construction européenne et, plus précisément [...] du processus d'intégration » (p. 11). L'intérêt grandissant de l'Union pour la mer trouve son reflet en interne avec le développement de la politique commune de pêche autour de la notion de stabilité relative et en externe par les efforts de négociation et d'application des règles internationales malgré des freins juridiques et politiques qu'apporte le statut particulier de l'organisation.

¹² A. ROZENSHTAIN, "Surveillance Intermediaries", *Stanford Law Review*, 2018, volume 70, pp. 99-189.

¹³ R. DEBRAY, *Éloge des frontières*, Paris, Gallimard, 2010, p. 34.

Après ces contributions constituant l'introduction, l'ouvrage est organisé autour de trois axes : les ressources, les activités maritimes et l'homme. La partie sur les ressources de la mer se divise à son tour en deux sections et ouvre avec l'intégration des inquiétudes environnementales dans le droit de l'Union et la valorisation progressive des ressources maritimes, regroupant trois contributions. Celle de Professeure Agathe VAN LANG au titre très parlant (« Une évolution sans révolution ») plaignant la persistance du point de vue utilitariste dans les activités maritimes est complétée pertinemment par celle d'Olivier CURTIL sur la transformation de la politique commune de la pêche en un instrument de protection écologique et par celle de Professeure Bernadette LE BAUT-FERRARESE concernant l'autonomie nuancée des 'énergies renouvelables en mer' en droit de l'Union en tant que notion et en tant que régime juridique.

La deuxième section clôture cette première partie avec des leçons à tirer de l'expérience sud-américaine sur la protection de l'environnement. Professeure Solange TELES DA SILVA et Professeur Tarin MONT'ALVERNE commentent de manière analytique la protection du milieu marin par une organisation à visée économique avec l'exemple de Mercosur pour le moment débutant, Professeure Pilar MORAGA traite les défis complexes liés à la durabilité des ressources halieutiques au Chili depuis l'accord d'association avec l'Union, et les Professeures Carina COSTA DE OLIVEIRA, Gabriela LIMA MORALES, Priscila PEREIRA DE ANDRADE expliquent en grand détail, et ceci en anglais, la nécessité et les bienfaits de l'implémentation au Brésil d'une approche interprétative intégrée de tous les instruments en lien direct ou indirect avec le droit de l'environnement pour une gestion durable des ressources marines.

La deuxième partie concernant les activités maritimes ouvre avec une section sur la sectorialité. En premier lieu, Professeur Loïc GRARD classe habilement les dix faits les plus marquants de la politique européenne des transports maritime autour des trois axes de fabrication, d'accompagnement et de stimulation du marché intérieur des transports maritimes. Ensuite, Cécile DE CET-BERTIN unifie grâce à ses fondements le droit maritime de l'Union, mosaïque par nature en raison de son contenu et de ses caractéristiques. Quant à la politique portuaire européenne, Gaëlle GUEGUEN-HALLOUET félicite le remplacement de l'approche dogmatique et contentieuse par une démarche pragmatique grâce au règlement 2017/352 sur les services portuaires.

Pour introduire la seconde section sur la transversalité de la partie sur les activités maritimes, Danielle CHARLES LE BIHAN résume en quelques pages les instruments européens et nationaux de la politique maritime intégrée, laissant la parole à Nicolas BOILLET qui poursuit l'examen du lien entre le droit de l'Union et le droit national par l'étude détaillée de la réception de la directive 2000/60 dite « planification de l'espace maritime ». Afin de juger de l'exportabilité de la planification spatiale maritime à d'autres régions, l'équipe composée de Marie BONNIN, de Philippe FOTSO, de Professeur Ibrahima LY, de Professeure Solange TELES DA SILVA et de Sophie BERTRAND analyse minutieusement la nature juridique de la notion dans l'expérience européenne pour en dégager des conditions juridiques nécessaires préalables à sa mise en œuvre. Admettant que les données maritimes (éléments biologiques ou physico-chimiques, ou relevant aux activités humaines) sont devenues une richesse aujourd'hui, Betty QUEFFELEC présente à son tour le rôle de l'Union dans la multiplication des données et la demande d'ouverture de ces dernières en résultant.

La dernière partie de l'ouvrage porte sur l'homme, entendu au sens large, et la mer. A la suite de l'introduction du Professeur Patrick CHAUMETTE, il est opportun de regrouper les interventions sous deux aspects, à défaut d'une division officielle : la pêche et la sûreté. Pierre BOUSSAROQUE et Alexandra BELLAYER-ROILLE du Ministère de l'Europe et des affaires étrangères relatent les questions juridiques qui se posent aux praticiens concernant la politique extérieure de l'Union en matière de la pêche, à savoir l'étendue de la compétence extérieure de l'Union, les règles limitant l'exercice de cette compétence et le droit applicable aux relations avec le Royaume-Uni après le Brexit, et y répondent méticuleusement grâce à leurs connaissances privilégiées sur le contentieux et les négociations. Deuxième étude dans ce volet sur la pêche, l'examen du droit social des gens de la mer par Muriel TAILLENS souligne la nécessité d'amélioration des conditions de travail en mer et la contribution de la politique maritime intégrée en ce sens. Sous l'aspect de sûreté, Patrick HEBRARD étudie la stratégie de sûreté maritime de l'Union, examinant son apparition tardive en 2014 et son adéquation aux besoins avant de conclure avec le bilan décevant de son état d'avancement. En dernier lieu, Arnaud MONTAS décortique les notions génériques de sûreté et de sécurité pour identifier le droit de la sécurité maritime, le droit de la sûreté maritime et le droit à la sûreté en mer, mais en vient à constater l'inexistence du droit à la sécurité en mer.

Comme l'introduction, la conclusion ne suit pas le format classique des actes d'un colloque. Elle est sous la forme d'un rapport de synthèse par les Professeures Annie CUDENNEC et Gaëlle GUEGUEN-HALLOUET qui retrace les points essentiels en quelques pages.

Tout juriste peut trouver un aspect qui l'intéresse dans cet ouvrage qui offre une grande variété de sujets autour de la mer : il y a de l'économie, de l'environnement, du commerce, de la défense et des droits de l'homme, toujours lus en combinaison avec le droit de l'Union européenne. Cette diversité, combinée à la singularité de l'introduction et des conclusions, fait qu'il s'agit d'un vrai ouvrage de référence plutôt que d'une simple transcription d'interventions.

BAŞAK ETKİN

DOCUMENTS*

Presidential Documents

Executive Order 13884 of August 5, 2019

Blocking Property of the Government of Venezuela

By the authority vested in me as President by the Constitution and the laws of the United States of America, including the International Emergency Economic Powers Act (50 U.S.C. 1701 *et seq.*) (IEEPA), the National Emergencies Act (50 U.S.C. 1601 *et seq.*), section 212(f) of the Immigration and Nationality Act of 1952 (8 U.S.C. 1182(f)), and section 301 of title 3, United States Code,

I, DONALD J. TRUMP, President of the United States of America, in order to take additional steps with respect to the national emergency declared in Executive Order 13692 of March 8, 2015 (Blocking Property and Suspending Entry of Certain Persons Contributing to the Situation in Venezuela), as amended, as relied upon for additional steps taken in subsequent Executive Orders, and in light of the continued usurpation of power by Nicolas Maduro and persons affiliated with him, as well as human rights abuses, including arbitrary or unlawful arrest and detention of Venezuelan citizens, interference with freedom of expression, including for members of the media, and ongoing attempts to undermine Interim President Juan Guaido and the Venezuelan National Assembly's exercise of legitimate authority in Venezuela, hereby order:

Section 1. (a) All property and interests in property of the Government of Venezuela that are in the United States, that hereafter come within the United States, or that are or hereafter come within the possession or control of any United States person are blocked and may not be transferred, paid, exported, withdrawn, or otherwise dealt in.

(b) All property and interests in property that are in the United States, that hereafter come within the United States, or that are or hereafter come within the possession or control of any United States person of the following persons are blocked and may not be transferred, paid, exported, withdrawn, or otherwise dealt in: any person determined by the Secretary of the Treasury, in consultation with the Secretary of State:

(i) to have materially assisted, sponsored, or provided financial, material, or technological support for, or goods or services to or in support of, any person included on the list of Specially Designated Nationals and Blocked Persons maintained by the Office of Foreign Assets Control whose property and interests in property are blocked pursuant to this order; or

(ii) to be owned or controlled by, or to have acted or purported to act for or on behalf of, directly or indirectly, any person whose property and interests in property are blocked pursuant to this order.

(c) The prohibitions in subsections (a)–(b) of this section apply except to the extent provided by statutes, or in regulations, orders, directives, or licenses that may be issued pursuant to this order, and notwithstanding any contract entered into or any license or permit granted prior to the effective date of this order.

Sec. 2. The unrestricted immigrant and nonimmigrant entry into the United States of aliens determined to meet one or more of the criteria in section 1(b) of this order would be detrimental to the interests of the United States, and entry of such persons into the United States, as immigrants or non-immigrants, is hereby suspended, except when the Secretary of State determines that the person's entry would not be contrary to the interests of

* V. *supra* « Chronique des faits internationaux » n°2019/4.68 p. 920.

the United States, including when the Secretary so determines, based on a recommendation of the Attorney General, that the person's entry would further important United States law enforcement objectives. In exercising this responsibility, the Secretary of State shall consult the Secretary of Homeland Security on matters related to admissibility or inadmissibility within the authority of the Secretary of Homeland Security. Such persons shall be treated in the same manner as persons covered by section 1 of Proclamation 8693 of July 24, 2011 (Suspension of Entry of Aliens Subject to United Nations Security Council Travel Bans and International Emergency Economic Powers Act Sanctions). The Secretary of State shall have the responsibility for implementing this section pursuant to such conditions and procedures as the Secretary has established or may establish pursuant to Proclamation 8693.

Sec. 3. The prohibitions in section 1 of this order include:

(a) the making of any contribution or provision of funds, goods, or services by, to, or for the benefit of any person whose property and interests in property are blocked pursuant to this order; and

(b) the receipt of any contribution or provision of funds, goods, or services from any such person.

Sec. 4. (a) Any transaction that evades or avoids, has the purpose of evading or avoiding, causes a violation of, or attempts to violate any of the prohibitions set forth in this order is prohibited.

(b) Any conspiracy formed to violate any of the prohibitions set forth in this order is prohibited.

Sec. 5. Nothing in this order shall prohibit:

(a) transactions for the conduct of the official business of the Federal Government by employees, grantees, or contractors thereof; or

(b) transactions related to the provision of articles such as food, clothing, and medicine intended to be used to relieve human suffering.

Sec. 6. For the purposes of this order:

(a) the term "person" means an individual or entity;

(b) the term "entity" means a partnership, association, trust, joint venture, corporation, group, subgroup, or other organization;

(c) the term "United States person" means any United States citizen, permanent resident alien, entity organized under the laws of the United States or any jurisdiction within the United States (including foreign branches), or any person in the United States; and

(d) the term "Government of Venezuela" includes the state and Government of Venezuela, any political subdivision, agency, or instrumentality thereof, including the Central Bank of Venezuela and Petroleos de Venezuela, S.A. (PdVSA), any person owned or controlled, directly or indirectly, by the foregoing, and any person who has acted or purported to act directly or indirectly for or on behalf of, any of the foregoing, including as a member of the Maduro regime. For the purposes of section 2 of this order, the term "Government of Venezuela" shall not include any United States citizen, any permanent resident alien of the United States, any alien lawfully admitted to the United States, or any alien holding a valid United States visa.

Sec. 7. For those persons whose property and interests in property are blocked pursuant to this order who might have a constitutional presence in the United States, I find that because of the ability to transfer funds or other assets instantaneously, prior notice to such persons of measures to be taken pursuant to this order would render those measures ineffectual. I therefore determine that for these measures to be effective in addressing the national emergency declared in Executive Order 13692, there need be no prior notice of a listing or determination made pursuant to section 1 of this order.

Sec. 8. The Secretary of the Treasury, in consultation with the Secretary of State, is hereby authorized to take such actions, including promulgating

rules and regulations, and to employ all powers granted to the President by IEEPA as may be necessary to implement this order. The Secretary of the Treasury may, consistent with applicable law, redelegate any of these functions within the Department of the Treasury. All agencies of the United States Government shall take all appropriate measures within their authority to carry out the provisions of this order.

Sec. 9. (a) Nothing in this order shall be construed to impair or otherwise affect:

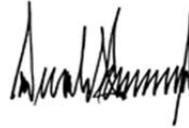
(i) the authority granted by law to an executive department or agency, or the head thereof; or

(ii) the functions of the Director of the Office of Management and Budget relating to budgetary, administrative, or legislative proposals.

(b) This order shall be implemented consistent with applicable law and subject to the availability of appropriations.

(c) This order is not intended to, and does not, create any right or benefit, substantive or procedural, enforceable at law or in equity by any party against the United States, its departments, agencies, or entities, its officers, employees, or agents, or any other person.

Sec. 10. This order is effective at 9:00 a.m. eastern daylight time on August 5, 2019.

A handwritten signature in black ink, appearing to be the signature of Donald Trump, located to the right of the text of Section 10.

THE WHITE HOUSE,
August 5, 2019.

TABLES DU TOME CENT-VINGT-TROIS*

ANNÉE 2019

TABLE DES MATIÈRES

IN MEMORIAM

LAURENT LUCCHINI 1933-2019353

ARTICLES

- LUCIUS CAFLISCH, *Professeur honoraire de l'Institut de hautes études internationales et du développement, Genève ancien Juge à la Cour européenne des droits de l'homme, Strasbourg (1998-2006), ancien membre de la Commission du droit international des Nations Unies (2006-2016)*
La valeur des cartes dans la preuve des frontières internationales619
- SARAH CASSELLA, *Professeur de droit public, Co-directrice du Themis-UM (EA 4333), Le Mans Université*
Responsabilité(s) de l'Etat pour le risque global liée aux changements climatiques....363
- ROBERT CHARVIN, *Professeur émérite à l'Université de Nice – Sophia-Antipolis*
La question libyenne : ingérences, chaos et décomposition du droit international.....593
- SAÏDA EL BOUDOUHI, *Professeur à l'Université Polytechnique Hauts de France (Valenciennes), Institut du Développement et de la Prospective (EA1384)*
Le chapitre sur l'investissement du nouvel ALENA : le retour de l'Etat ?865
- JEAN-LOUIS ITEN, *Professeur à l'Université Paris 8 (Vincennes – Saint-Denis), Directeur du laboratoire Forces du droit (EA 4387)*
L'avis consultatif de la Cour internationale de Justice du 25 février 2019 sur les *Effets juridiques de la séparation de l'archipel des Chagos de Maurice en 1965*391
- PIERRE-FRANÇOIS LAVAL, *Professeur de droit public à l'Université d'Orléans*
Les Nations unies et l'idée de gouvernance849
- PAOLA MARIANI, *Professeur associé de droit international à l'Université Bocconi, Milan*
La protection des citoyens et des opérateurs économiques à la suite de la sortie du Royaume Uni de l'Union européenne : régimes transitoires et droits acquis653
- CARLO SANTULLI, *Professeur à l'Université Paris II (Panthéon-Assas) Directeur de l'Institut des Hautes Etudes Internationales*
L'expansion de la souveraineté de l'Etat.....355

* Préparées par Alexandre HERMET, docteur de l'Université Paris II Panthéon Assas (IHEI)

DOSSIER

LA RUSSIE ET LE DROIT INTERNATIONAL

NIKI ALOUPI, <i>Professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas</i>	
Les frontières maritimes russes	173
NATALIA CHAEVA, <i>Docteur en droit international, Université Panthéon-Assas Paris II</i>	
La Russie et la crise syrienne	203
VINCENT CORREIA, <i>Professeur de droit public à l'Université Paris-Sud</i>	
Comme un air de déjà-vu : la Russie, l'espace aérien et le droit international	153
CLAIRE CRÉPET DAIGREMONT, <i>Maître de conférences, Université Paris II Panthéon-Assas</i>	
La Russie dans l'OMC : aspects contentieux	123
MICHEL DE SALVIA, <i>Ancien Secrétaire de la Commission européenne des droits de l'homme</i> <i>Ancien Greffier et Jurisconsulte de la Cour européenne des droits de l'homme</i>	
La Russie et le Conseil de l'Europe : « clap de fin » ou redémarrage ?	141
MARIA FILATOVA, <i>Maître de conférences, faculté de droit de l'Ecole supérieure d'économie, Moscou</i>	
Droit constitutionnel russe et droit international	25
HUGO FLAVIER, <i>Maître de conférences en droit public, CRDEI, Université de Bordeaux</i> <i>Codirecteur du Centre Franco-Biélorusse d'études européennes, Minsk</i>	
L'Union économique eurasiatique : <i>In varietate concordia</i> ?	101
NICOLAS HAUPAIS, <i>Professeur de droit public à l'Université d'Orléans</i>	
La Russie face aux questions séparatistes	53
PIERRE-FRANÇOIS LAVAL, <i>Professeur à l'Université d'Orléans</i>	
La conception de la souveraineté dans les opinions séparées des juges russes au sein des Cours internationales	7
FRANCESCO MARTUCCI, <i>Professeur à l'Université Université Paris II Panthéon-Assas</i>	
Existe-t-il une « politique russe » de l'Union européenne ?	71
XAVIER SOUVIGNET, <i>Professeur agrégé, Université de Grenoble-Alpes CESICE – EA 2420</i>	
La Russie et l'ingérence	39
BAPTISTE TRANCHANT, <i>Professeur de droit public à l'Université de Bordeaux</i>	
Les arbitrages en matière d'investissement et la Russie	185
ANTONIOS TZANAKOPOULOS, <i>Professeur associé de droit international public à l'Université</i> <i>d'Oxford ; Fellow de St Anne's College à Oxford</i>	
La Russie et le Conseil de sécurité des Nations Unies : les trois époques de la pratique ...	91

CHRONIQUE DES FAITS INTERNATIONAUX

AGENCE INTERNATIONALE DE L'ÉNERGIE ATOMIQUE	
Réunion extraordinaire du Conseil des Gouverneurs	900
ALLEMAGNE – FRANCE	
Conclusion du Traité d'Aix-la-Chapelle – Aspects de politique étrangère et de défense ..	410
ANTARCTIQUE	
Travaux de la commission pour la conservation de la faune et de la flore marines de l'Antarctique	218
ARABIE SAOUDITE	
Quelques aspects de droit international de l'affaire Khashoggi	415
Positions des Etats au regard du droit international face à la question des ventes d'armes	901
ARABIE SAOUDITE – FRANCE	
Les ventes d'armes : une question de droit international ?	906

ARCTIQUE – CHANGEMENTS CLIMATIQUES	
11 ^{ème} Réunion ministérielle du Conseil de l'Arctique (Rovaniemi, 7 mai 2019)	684
AZERBAÏDJAN – FRANCE	
Le Haut-Karabakh et l'action extérieure des collectivités - Chartes d'amitiés entre collectivités locales et étrangères	913
BIRMANIE (MYANMAR)	
Mission indépendante d'établissement des faits sur les violences contre les Rohingyas	687
CANADA – ETATS-UNIS – MEXIQUE	
Conclusion d'un nouvel accord commercial (AEUMC) devant se substituer à l'ALENA : du « pire accord jamais conclu » à « l'accord le plus important de l'histoire des Etats-Unis » ?	419
CHINE – PHILIPPINES	
Rencontre entre la Chine et les Philippines à Manille : renégociation au sujet du contentieux territorial en contrepartie d'accords à portée économique ?	221
COUR PÉNALE INTERNATIONALE	
Examen préliminaire de la situation en République des Philippines	226
Examen préliminaire de la situation en République bolivarienne du Venezuela	226
Saisine supplémentaire de la Cour par la Palestine	227
Renonciation de la Cour pénale internationale à se saisir de la situation en Afghanistan	690
CUBA – ETATS-UNIS	
Réactivation du titre III de la loi <i>Helms-Burton</i>	691
DANEMARK – ETATS-UNIS	
Proposition du Président américain D.J. Trump d'acheter le Groenland au Danemark	918
ERYTHRÉE	
Levée des sanctions au Conseil de sécurité	227
ERYTHRÉE – ETHIOPIE	
Développements sur la question des frontières	232
ESPACE EXTRA-ATMOSPHÉRIQUE	
Tourisme spatial et responsabilité internationale de l'Etat	428
ESPAGNE – CORÉE DU NORD – ETATS UNIS	
Attaque de l'Ambassade Nord-coréenne à Madrid	694
ETATS-UNIS	
Retrait du Traité sur les forces nucléaires à portée intermédiaire	235
La nouvelle stratégie étatsunienne antimissiles au regard du droit international de l'espace	430
ETATS-UNIS – ORGANISATION DE LIBÉRATION DE LA PALESTINE	
Fermeture du bureau de la délégation générale de l'OLP à Washington	434
ETATS-UNIS – ORGANISATION DES NATIONS UNIES – RÉPUBLIQUE BOLIVARIENNE DU VENEZUELA	
Nouvelles sanctions économiques et condamnations par les Nations Unies	920
ETATS-UNIS – RÉPUBLIQUE ISLAMIQUE D'IRAN	
Nouvelles sanctions économiques	238
Une histoire de drone	923

ÉTATS-UNIS – RÉPUBLIQUE ISLAMIQUE D’IRAN – ROYAUME-UNI	
Incidents dans le détroit d’Ormuz et escalade des tensions entre Etats-Unis, Royaume-Uni et Iran	928
FÉDÉRATION DE RUSSIE – UKRAÏNE	
Crash du vol MH17 Poursuites introduites à l’encontre de quatre combattants pro- russes – Vers un engagement de la responsabilité internationale de la Russie ?	931
FRANCE	
Ratification du protocole n° 16 à la Convention européenne des droits de l’homme ...	241
Plainte déposée devant la Cour pénale internationale par le parti indépendantiste de la Polynésie française	244
Extension de la compétence universelle en matière de crime de génocide, de crimes contre l’humanité et de crimes de guerre	439
Mandats d’arrêt français contre des dirigeants syriens : application extraterritoriale de la loi pénale limitée dans son exécution	443
Vote de la loi autorisant la ratification du CETA (AEGC) à l’Assemblée nationale....	933
FRANCE – COMITÉ POUR L’ÉLIMINATION DE LA DISCRIMINATION RACIALE	
Procédure d’alerte rapide enclenchée dans le contexte du projet minier de la « Montagne d’or »	246
FRANCE – IRAK	
Condamnation à mort en Irak de ressortissants français.....	697
FRANCE – RÉPUBLIQUE POPULAIRE DE CHINE	
Tensions entre la France et la Chine à la suite du passage du « Vendémiaire » dans le détroit de Taïwan.....	700
FRANCE – SYRIE	
Rapatriement des enfants de djihadistes français	250
Mandats d’arrêts contre des dirigeants syriens – Application extraterritoriale et limites à l’exécution de la loi pénale	703
GUATEMALA – ORGANISATION DES NATIONS UNIES	
Décision du Guatemala de mettre fin à la Commission Internationale de lutte contre l’Impunité au Guatemala.....	445
HAÏTI – ORGANISATION DES NATIONS UNIES	
Présence des Nations Unies en Haïti après la clôture de la MINUJUSTH.....	447
HONGRIE – MIGRANTS	
Inquiétudes sur le traitement des migrants en Hongrie	705
INDE	
Création d’apatrides à Assam.....	937
INDE – PAKISTAN	
Violents incidents de frontières et frappes au sol : simples escarmouches ou prémices d’une guerre nucléaire ?	707
IRAN – ISRAËL	
Menace d’utilisation de la flotte militaire contre les pétroliers iraniens pour contribuer au respect des sanctions américaines	714
IRAN – MAROC	
Rupture des relations diplomatiques	252

ISRAËL – JORDANIE	
Remise en cause de l'exploitation israélienne des territoires des régions Naharayim-Bakura et Zofar/AlGhamr sous souveraineté jordanienne.....	253
ISRAËL – PALESTINE	
Variabilité de l'étendue de la zone de pêche de Gaza	717
JAPON	
Notification du retrait du Japon de la Convention internationale pour la réglementation de la chasse à la baleine.....	256
KOSOVO	
Création des Chambres spécialisées du Kosovo.....	260
Création d'une armée régulière	449
ORGANISATION DE DÉVELOPPEMENT ET DE COOPÉRATION ÉCONOMIQUES (OCDE)	
Le rapport sur les « passeports dorés », dernier symptôme de la marchandisation de la nationalité.....	263
ORGANISATION POUR L'INTERDICTION DES ARMES CHIMIQUES	
Application de la Décision C-SS-4/DEC.3	287
ORGANISATION DES NATIONS UNIES – ASSEMBLÉE GÉNÉRALE	
Pacte mondial de l'environnement - Première réunion du Groupe mandaté par l'Assemblée générale	266
Déclaration d'engagements communs, « <i>Action pour le maintien de la paix</i> » (A4P), lancée par le Secrétaire général des Nations-Unies (25 septembre 2018)	268
Attribution de droits et privilèges supplémentaires à l'Etat non membre observateur de Palestine en vue de son mandat à la présidence du « Groupe des 77 et de la Chine » pour 2019 (16 octobre 2018)	271
Echec d'une proposition américaine de résolution de condamnation du Hamas (6 décembre 2018)	274
ORGANISATION DES NATIONS UNIES – CONSEIL DE SÉCURITÉ	
Résolution 2243 sur la situation en Bosnie Herzégovine	277
ORGANISATION DES NATIONS UNIES – DROIT DE LA MER – NÉGOCIATIONS MULTILATÉRALES	
Deuxième session de négociations d'un instrument juridiquement contraignant se rapportant à la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer et portant sur la conservation et l'utilisation durable de la biodiversité marine des zones ne relevant pas de la juridiction nationale.....	719
ORGANISATION DES NATIONS UNIES – ENVIRONNEMENT	
Echec du Pacte mondial pour l'environnement.....	940
ORGANISATION DES NATIONS UNIES – MIGRANTS – RÉFUGIÉS	
Adoption de deux pactes mondiaux pour les réfugiés et les migrants	282
ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE – ORGANE D'APPEL	
Blocage persistant – Propositions européennes de réforme – Rejet des Etats-Unis – Nomination d'un facilitateur	452
RAPATRIEMENTS	
Diverses questions à propos des « enfants de Daesch »	722
RÉPUBLIQUE BOLIVARIENNE DU VENEZUELA – ETATS-UNIS D'AMÉRIQUE	
Reconnaissance de Juan Guaidó à la suite de sa déclaration de « président en charge du Venezuela ».....	726

RÉPUBLIQUE CENTRAFRICAINE – ORGANISATION DES NATIONS UNIES – RENOUVELLEMENT DU MANDAT DE LA MINUSCA La mission onusienne de maintien de la paix en Centrafrique entre impuissance et luttes d’influence.....	456
RÉPUBLIQUE DE CHYPRE – TURQUIE – UNION EUROPÉENNE Sanctions européennes contre la Turquie pour ses activités gazières au large de Chypre	942
RUSSIE Accord sur la frontière entre l’Ingouchie et la Tchétchénie	289
RUSSIE – SOUDAN Mercenaires ou entreprises de sécurité russes ?	460
RUSSIE – UKRAINE Quelques aspects internationaux autour de certains faits relatifs au pont de Crimée dans le détroit de Kertch	290
« Distribution » de passeports russes dans le Donbass, la douloureuse réminiscence des enjeux politiques de la nationalité.....	732
TURQUIE Refus par le Président turc d’exécuter l’arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l’homme en l’affaire <i>Demirtas c. Turquie</i>	463
Achat du système balistique S-400 et régime de contrôle de la technologie des missiles.....	947
UNION EUROPÉENNE Rapport de la Commission européenne sur les passeports dorés.....	467
UNION EUROPÉENNE – AECG/CETA Avis n° 1/17 - Conformité du système juridictionnel des investissements au droit primaire de l’Union européenne.....	951
UNION EUROPÉENNE – ROYAUME-UNI Gibraltar et l’accord sur le « Brexit ».....	296
UNION EUROPÉENNE – SINGAPOUR Approbation par le Parlement Européen de l’Accord de Libre échange et de l’Accord de Protection des Investissements entre l’Union Européenne et Singapour	736
YEMEN Quelques questions sur l’Accord de Stockholm.....	467

CHRONIQUE DE JURISPRUDENCE INTERNATIONALE

I. CONTENTIEUX INTERÉTATIQUE

A. DROIT DE LA MER

TRIBUNAL INTERNATIONAL DU DROIT DE LA MER Arrêt du 10 avril 2019, <i>Affaire du navire « Norstar » (Panama c. Italie)</i>	475
Ordonnance du 25 mai 2019, mesures conservatoires, <i>Affaire relative à l’immobilisation de trois navires militaires ukrainiens (Ukraine c. Fédération de Russie)</i>	748
Ordonnance du 6 juillet 2019, mesures conservatoires, <i>Affaire du navire « San Padre Pio » (Suisse c. Nigéria)</i>	752

B. DROIT DE L'OMC

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

Rapport de l'Organe d'appel du 14 décembre 2018, <i>Etats-Unis – Mesures concernant l'importation, la commercialisation et la vente de thon et de produits du thon</i> (DS381). <i>Recours des Etats-Unis et deuxième recours du Mexique à l'article 21:5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends</i>	480
Rapport de l'Organe d'appel du 28 mars 2019, <i>Etats-Unis – Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs – 2^{ème} plainte</i> (DS 353), <i>Recours de l'Union européenne à l'article 21:5 du Mémorandum d'accord</i>	755
Rapport du groupe spécial du 5 avril 2019, <i>Russie – Mesures concernant le trafic en transit</i> (DS 512).....	756
Rapport de l'Organe d'appel du 11 avril 2019, <i>Corée – Interdictions d'importer, et prescriptions en matière d'essais et de certification pour les radionucléides</i> (DS 495) ..	967
Rapport de l'Organe d'appel du 16 juillet 2019, <i>Etats-Unis – Mesures compensatoires visant certains produits en provenance de Chine. Recours de la Chine à l'article 21:5 du Mémorandum d'accord</i> (DS 437)	970

C. CONTENTIEUX DE L'URGENCE DEVANT LA CIJ

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

Ordonnance du 14 juin 2019, <i>mesures conservatoires, Application de la Convention internationale pour l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Qatar c. Emirats Arabes Unis)</i>	745
---	-----

D. RELATIONS CONSULAIRES

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

Arrêt du 17 juillet 2019, <i>Affaire Jadhav (Inde c. Pakistan)</i>	961
--	-----

II. CONTENTIEUX TRANSÉTATIQUE**A. DROITS DE L'HOMME**

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

Décision du 11 septembre 2018, <i>Chong c. Royaume-Uni</i> , req. n° 29753/16.....	484
Arrêt du 2 octobre, <i>Mutu et Pechstein c. Suisse</i> , req. n°40575/10 et 67474/10.....	488
Arrêt du 11 octobre 2018, <i>S.V. c. Italie</i> , req. n°55216/08	492
Arrêt du 18 octobre 2018, <i>Thiam c. France</i> , req. n° 80018/12.....	494
Arrêt du 23 octobre 2018, <i>Guerni c. Belgique</i> , req. n°19291/07	497
Arrêt du 6 novembre 2018, Grande Chambre, <i>Ramos Nunes de Carvalho e Sa c. Portugal</i> , req. n°55391/13, 57728/13 et 74041/13	498
Arrêt du 9 novembre 2018, Grande Chambre, <i>Beuze c. Belgique</i> , req. n° 71409/10.....	499
Arrêt du 15 novembre 2018, Grande Chambre, <i>Navalnyy c. Russie</i> , req. n°29580/12, 36847/12, 11252/13, 12317/13 et 43746/14	501
Arrêt du 20 novembre 2018, <i>Selahattin Demirtaş c. Turquie (n° 2)</i> , req. n° 14305/17....	503
Arrêt du 11 décembre 2018, <i>M.A. et autres c. Lituanie</i> , req. n° 59793/17	505
Arrêt du 19 décembre 2018, Grande Chambre, <i>Molla Sali c. Grèce</i> , req. n° 20452/14...	506
Arrêt du 20 janvier 2019 (Grande Chambre), <i>Güzelyurtlu et autres c. Chypre et Turquie</i> , req. n°36925/07	509

Arrêt du 24 janvier 2019, <i>Cordella et autres c. Italie</i> , req. n°54414/13 et 54264/15 ...	513
Décision du 29 janvier 2019, <i>Zeynep Ahunbay et autres c. Turquie</i> , req. n° 6080/06..	514
Arrêt du 31 janvier 2019 (Grande Chambre), <i>Géorgie c. Russie (I) (satisfaction équitable)</i> , req. n° 13255/07.....	515
Arrêt du 5 février 2019, <i>Ndayegamiye-Mporamazina c. Suisse</i> , req. n°16874/12.....	519
Arrêt du 12 mars 2019, <i>Drelingas c. Lituanie</i> , req. n°28859/16	763
Arrêt du 9 avril 2019, <i>Tomov et al. c. Russie</i> , req. n°s18255/10, 63058/10, 10270/11, 562021/13 et 41234/16.....	766
Avis consultatif du 10 avril 2019 (Grande Chambre), <i>Reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention</i> , demande n°P16-2018-001.....	768
Arrêt du 24 avril 2019, <i>A.M. c. France</i> , req. n°12148/18.....	771
Décision du 7 mai 2019, <i>Forcadelli i Luis et autres c. Espagne</i> , req. n° 75147/17.....	775
Arrêt du 29 mai 2019 (Grande chambre), <i>Ilgar Mammadov c. Azerbaïdjan (Procédure article 46 § 4)</i> , req. n° 15172/13	777
Arrêt du 8 juillet 2019, Grande Chambre, <i>Mihalache c. Roumanie</i> , req. n° 54012/10.....	973
Arrêt du 9 juillet 2019, <i>Romeo Castaño c. Belgique</i> , req. n°8351/17.....	976
Arrêt du 9 juillet 2019, <i>Volodina c. Russie</i> , req. n°41261/17	980
Arrêt du 16 juillet 2019, <i>Zhdanov et al. c. Russie</i> , req. n°s 12200/08, 35949/11 et 58282/12	983
Arrêt du 18 juillet 2019, <i>T.I. c. Grèce</i> , req. n° 40311/10.....	985
Arrêt du 17 septembre 2019, <i>Akdağ c. Turquie</i> , req. n° 75460/10	987
Arrêt du 10 octobre 2019, <i>O.D. c. Bulgarie</i> , req. n°34016/18.....	988
COUR INTERAMÉRICAIN DES DROITS DE L'HOMME	
Arrêt du 28 novembre 2018, <i>Mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco c. Mexique</i> , Série C n° 371	521
COUR AFRICAINE DES DROITS DE L'HOMME ET DES PEUPLES	
Ordonnance portant mesures provisoires du 7 décembre 2018, <i>Sébastien Germain Ajavon c. République du Bénin</i> , req. n° 013/2017.....	522
Arrêt du 28 juin 2019, fond et réparation, <i>Alfred Agbesi Woyome c. République du Ghana</i> , req. n°001/2017.	993
Ordonnance du 4 juillet 2019, intervention, <i>Commission Africaine des droits de l'homme et des peuples c. République du Kenya</i> , Demandes d'intervention de Wilson Barngetuny Koimet et 119 autres et de Peter Kibiegon Rono et 1300 autres, req. n° 006/2012.....	995
Arrêt du 4 juillet 2019, réparation, <i>Alex Thomas c. République Unie de Tanzanie</i> , req. n° 005/2013.....	996
B. DROIT DES INVESTISSEMENTS	
TRIBUNAL ARBITRAL CIRDI	
Décision sur la compétence du 29 juin 2018, <i>Casinos Austria International GmbH and Casinos Austria Aktiengesellschaft v. Argentine (ARB/14/32)</i>	525
Sentence du 26 juillet 2018, <i>Marfin Investment Group Holdings S.A., Alexandros Bakatselos and others v. Cyprus (ARB/13/27)</i>	527

Sentence arbitrale du 9 octobre 2018, <i>UP and C.D. Holding Internationale v. Hungary</i> (ARB/13/35)	528
Sentence du 22 octobre 2018, <i>Cortec Mining Kenya Limited, Cortec (Pty) Limited and Stirling Capital Limited v. Kenya</i> (ARB/15/29)	530
Décision sur la compétence du 30 novembre 2018, <i>Mera Investment Fund Limited v. Serbia</i> (ARB/17/2)	532
Sentence du 18 janvier 2019, <i>Anglo American PLC v. Venezuela</i> (ARB(AF)/14/1) ...	533
Sentence du 7 février 2019, <i>Anglo-Adriatic Group Limited v. Albania</i> (ARB/17/6)....	535
Sentence du 8 mars 2019, <i>ConocoPhillips Petrozuata B.V., ConocoPhillips Hamaca B.V., ConocoPhillips Gulf of Paria B.V. and ConocoPhillips Company c. Venezuela</i> (ARB/07/30)	781
Décision du 7 mai 2019, <i>Eskosol S.p.A. in liquidazione c. Italie</i> (ARB/15/50).....	782
Sentence du 31 juillet 2019, <i>SolEs Badajoz c. Espagne</i> (ARB/15/38).....	999
Sentence du 6 août 2019, <i>Lao Holdings N.V. c. Laos</i> (ARB(AF)/12/6).....	1001
COUR PERMANENTE D'ARBITRAGE	
Sentence du 18 novembre 2018, <i>South American Silver Limited (Bermuda) v. Bolivia</i> (PCA n° 2013-15).....	536
Sentence finale du 3 septembre 2019, <i>Michael Ballantine & Lisa Ballantine c. République dominicaine</i> (n° 2016-17)	1002

III. CONTENTIEUX NON-ÉTATIQUE

A. DROIT PÉNAL INTERNATIONAL

COUR PÉNALE INTERNATIONALE

Decision on the “Application for Judicial Review by the Government of the Union of the Comoros” du 15 novembre 2018 (Pre-Trial Chamber I), <i>Situation On The Registered Vessels of The Union of The Comoros, The Hellenic Republic and The Kingdom of Cambodia</i> (ICC-01/13).....	538
Arrêt du 1 ^{er} février 2019, <i>Le Procureur c. Laurent Gbagbo et Charles Blé Goudé</i> (N°ICC-02/11-01/15OA14)	786
Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan du 12 avril 2019 (Pre-Trial Chamber II), <i>Situation in the Islamic Republic of Afghanistan</i> (ICC-02/17)...	791
Judgement du 8 juillet 2019 (Trial Chamber IV), <i>Situation in the Democratic Republic of the Congo in the case of the Prosecutor v. Bosco Ntaganda</i> (ICC-01/04-02/06)	1005
Judgment on the appeals against Trial Chamber II’s ‘Decision Setting the Size of the Reparations Award for which Thomas Lubanga Dyilo is Liable’ du 18 juillet 2019 (Appeal Chamber), <i>Situation in the Democratic Republic of the Congo in the case of the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo</i> (ICC-01/04-01/06 A7 A8)	1007
Judgment on the appeal of the Prosecutor against Pre-Trial Chamber I’s ‘Decision on the “Application for Judicial Review by the Government of the Union of the Comoros” du 2 septembre 2019 (Appeal Chamber), <i>Situation on Registered Vessels of the Union of the Comoros, the Hellenic Republic and the Kingdom of Cambodia</i> (ICC-01/13 OA 2)	1008

CHAMBRES EXTRAORDINAIRES AU SEIN DES TRIBUNAUX CAMBODGIENS

Jugement rendu dans le deuxième procès dans le cadre du dossier n° 002 du 16 novembre 2018 (Chambre de première instance), Dossier 002/19-09-2007/ECCC/TC....	540
---	-----

MÉCANISME INTERNATIONAL APPELÉ À EXERCER LES FONCTIONS RÉSIDUELLES
DES TRIBUNAUX PÉNAUX

Décision du 16 janvier 2019 (Président), <i>Prosecutor v. Valentin Ćorić</i> , (MICT-17-112-ES.4).....	793
Judgement du 20 mars 2019 (Chambre d'appel), <i>Prosecutor v. Radovan Karadžić</i> (MICT-13-55-A)	796
Décision portant réexamen du renvoi d'une affaire à la République de Serbie du 13 mai 2019 (Juge unique), <i>Procédure contre Petar Jojić & Vjerica Radeta</i> (MICT-17-111-R90)	797

B. DROIT INTERNATIONAL DE LA FONCTION PUBLIQUE

TRIBUNAL ADMINISTRATIF DE L'ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL

Jugement 4171 du 3 juillet 2019, <i>F. (n^{os} 5, 6 et 7) c. UNESCO</i>	1010
---	------

**JURISPRUDENCE FRANÇAISE
EN MATIÈRE DE DROIT INTERNATIONAL**

CONSEIL D'ÉTAT

CE, 10 ^{ème} et 9 ^{ème} chambres réunies, 3 octobre 2018, n° 406222, publié au <i>Rec. Lebon</i>	301
CE, Assemblée, 12 octobre 2018, <i>Société super coiffeur</i> , n° 408567, publié au <i>Rec. Lebon</i> ..	309
CE, 2 ^{ème} et 7 ^{ème} chambres réunies, 18 juin 2018, n° 415046, publié au recueil <i>Lebon</i>	543
CE, 2 ^{ème} et 7 ^{ème} chambres réunies, 28 février 2019, n° 414821, publié au recueil <i>Lebon</i>	552
CE, juge des référés, 23 avril 2019, n° 429668	804
CE, section du contentieux, 10 ^{ème} et 9 ^{ème} chambres réunies, 24 avril 2019, <i>M. A. B.</i> , n° 408992	813

COUR DE CASSATION

Cass. crim., 16 octobre 2018, n°16-84436, publié au <i>Bulletin</i>	323
Cass. 1 ^{ère} civ., 17 avril 2019, <i>M. M.</i> , n° 18-50039	819

COUR D'APPEL

CA Paris, pôle 1, chambre 1, 2 avril 2019, <i>Monsieur Vincent J. Ryan fondateur et président de Schooner Capital LLC, Société Schooner Capital LLC (Limited Liability Company), Société Atlantic Investment Partners LLC (Limited Liability Company) c. République de Pologne</i> , n° 16/24358	559
--	-----

TRIBUNAL DES CONFLITS

TC, 11 mars 2019, n° C4153, mentionné au <i>Rec. Lebon</i>	800
--	-----

**JURISPRUDENCE ÉTRANGÈRE
INTÉRESSANT LE DROIT INTERNATIONAL**

I. SITUATION INTERNE DES ENGAGEMENTS INTERNATIONAUX

Colombie. Cour constitutionnelle, décision C-252 du 6 juin 2019 —. Contrôle préalable de constitutionnalité des traités. Constitutionnalité de l'Accord de promotion et de protection des investissements conclu avec la France sous réserve de modifications avant sa ratification	1016
Italie. Tribunal de Trapani, 3 juin 2019 —. Inconstitutionnalité des traités. Détermination des engagements conventionnels de l'Etat : nullité internationale d'un traité pour dérogação à une règle de <i>jus cogens</i> (principe de non refoulement en tant qu'il est lié à	

la prohibition de la torture) ; invalidité de l'engagement à l'égard d'un traité en conséquence de la violation d'une norme constitutionnelle	1019
Brésil. Tribunal supérieur électoral, 1 ^{er} septembre 2018 (concernant l'éligibilité de Luis Ignacio Lula da Silva) —. Caractère internationalement contraignant et incorporation interne des recommandations des organes conventionnels onusiens (Comité des droits de l'homme). Dualisme constitutionnel	1020
Allemagne. Cour constitutionnelle fédérale, 30 juillet 2019 —. Constitutionnalité de la participation à la mise en place de l'Union bancaire européenne (mécanismes de surveillance et de résolution unique). Légitimité démocratique et contrôle des organes européens. Européanisation de l'organisation administrative nationale	1022
Etats-Unis. Cour de district du District Est de Virginie, 22 mars 2019, <i>Al Shimari et al. c. CACI Premier Technology, Inc c. United States of America</i> —. Incorporation et applicabilité du droit international coutumier. Statut du <i>jus cogens</i> en droit interne. Droit des individus de ne pas être soumis à des violations du <i>jus cogens</i> . Renonciation de l'Etat à son immunité de juridiction devant le juge national. Communauté internationale. Portée de l' <i>Alien Tort Statute</i>	1023
Colombie. Conseil d'Etat, 22 juillet 2019 —. Primauté du droit international sur le droit interne. Imprescriptibilité des crimes contre l'humanité et délais de recours contentieux devant les tribunaux internes. Obligation de veiller au respect des normes de <i>jus cogens</i> dans l'ordre interne	1026
Espagne. Tribunal constitutionnel, 20 décembre 2018 —. Place du droit international dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des lois. Interprétation de la Constitution au regard du droit international. Grieffs d'inconstitutionnalité et d'inconventionnalité. Compétence universelle	1027
Italie. Cour constitutionnelle, 20 juin 2018, n°120 et 14 novembre 2018, n°194, <i>Francesca Santoro c. Settimo senso s.r.l.</i> —. Place du droit international dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des lois. Invocabilité de la Charte sociale européenne. Portée interne de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Interprétation article 18 de la Convention de Vienne sur le droit des traités et effets de la signature sur le terrain du contrôle de constitutionnalité	1029
Italie. Tribunal de Catane, 27 mars 2018 —. Tribunal d'Agrigente, 2 juillet 2019 —. Obligation internationale de l'Etat et obligations des particuliers. Effet et applicabilité directe des traités. Primauté des traités. Sauvetage en mer et recherche d'un « port sûr ». Compétence de l'Etat	1030
Allemagne. Cour constitutionnelle fédérale, 7 décembre 2018 —. Notion d'« accord international » au sens de la Constitution par renvoi au droit international, et effet juridique interne. Signature. Pacte mondial pour des migrations sûres, ordonnées et régulières. Pacte mondial pour les réfugiés	1031
Grèce. Conseil d'Etat, 14 décembre 2018 —. Accord définitif pour le règlement des différends décrits dans les résolutions 817 (1993) et 845 (1993) du Conseil de sécurité des Nations unies, la résiliation de l'Accord intermédiaire de 1995, et la mise en place d'un partenariat stratégique entre la Grèce et l'Ancienne République yougoslave de Macédoine (Accord dit « de Prespes »). Actes de gouvernement. Effets internes et internationaux de la signature	1032
Allemagne. Cour constitutionnelle fédérale, 24 juillet 2018 et 29 janvier 2019 —. Prise en considération d'actes non contraignants d'organes conventionnels afin de déterminer les engagements internationaux de l'Etat. Portée interne de la <i>soft law</i> . Droits fondamentaux des patients. Droit de vote de délinquants placés	1033

Royaume-Uni. Cour suprême, 17 octobre 2018, <i>Warner (Respondent) c. Scapa Flow Charters (Appellant) (Scotland)</i> —. Méthodes d'interprétation du droit international et interprétation du droit international par les juridictions internes. Convention d'Athènes de 1974 relative au transport par mer de passagers et de leurs bagages. Distinction des systèmes de <i>civil law</i> et de <i>common law</i>	1035
Corée. Cour suprême, 30 octobre 2018, 2013da61381 —. Interprétation des traités. Accord de règlement. Droit à réparation des particuliers contre un Etat étranger et ses ressortissants	1036
Italie. Cour de cassation, 14 novembre 2018, <i>Pietro Palmieri e altri c. Banca popolare di Milano</i> , n°29354 —. Interprétation de la Convention CIRDI. Recours parallèles devant des tribunaux interne et international	1037
Mexique. Troisième Tribunal Collégial, <i>tesis aisladas</i> du 25 janvier 2019 —. Droit des peuples autochtones à la consultation préalable. Protection des groupes vulnérables. Droit à l'autodétermination. Préservation de l'environnement. Obligations de l'Etat en vertu de la Convention 169 de l'Organisation internationale du Travail et de la Convention de 1992 sur la biodiversité	1038
II. SITUATION INTERNE DES DÉCISIONS JURIDICTIONNELLES INTERNATIONALES	
Russie. Cour constitutionnelle, décision du 18 juin 2019 N24-II sur la constitutionnalité de certains articles de la Loi fédérale sur les réunions et manifestations —. Prise en considération de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme aux fins de l'interprétation de la Constitution	1040
Australie. Cour fédérale, arrêt du 8 août 2019, <i>Infrastructure Services Luxembourg S.A.R.L c. Espagne</i> , [2019] FCA 1220 —. Exécution d'une sentence arbitrale (CIRDI) et suspension de ses effets au titre d'un recours en annulation. Incorporation (dualiste) du droit international. Nécessité d'une interprétation harmonieuse des dispositions d'un même traité	1041
Allemagne. Cour fédérale, décisions du 31 octobre 2018, <i>République slovaque c. Achmea BV</i> (I ZB 2/15), et du 24 janvier 2019 (I ZB 2/15) —. Contentieux de la validité des sentences arbitrales rendues sur le fondement d'un traité d'investissement entre Etats membres de l'Union Européenne. Inapplicabilité en droit allemand de traités contraires au droit de l'UE	1043
III. IMMUNITÉS	
Etats-Unis. Cour de district du District Sud de New York (Swain, <i>district judge</i>), 6 mars 2019, <i>Vekuii Rukoro et al. c. République fédérale d'Allemagne</i> —. Immunité de juridiction de l'Etat étranger. Portée du <i>Foreign Sovereign Immunities Act</i> . Exceptions relatives à l'activité commerciale et à l'expropriation. Allemagne. Sud-Ouest Africain	1044
Luxembourg. Tribunal d'arrondissement, 10 août 2019 n°142988, <i>Diag Human S.E. c. République tchèque</i> —. Immunité de juridiction et d'exécution l'Etat dans le cadre de l'exécution d'une sentence arbitrale. Exigence du caractère non équivoque de la renonciation. Droit international coutumier	1046
Ukraine. Cour Suprême, décision du 25 janvier 2019, N796/165/18 —. Renonciation à l'immunité d'exécution de l'Etat devant le juge d'appui dans le cadre de l'exécution d'une sentence arbitrale (CPA). Biens étatiques soumis aux mesures d'exécution ..	1047
Etats-Unis. Cour suprême, 27 février 2019, <i>Jam c. International Finance Corp.</i> , n° 17–1011 (586 U.S. [2019]) —. Champ d'application matériel de l'immunité juridictionnelle des organisations internationales (nature des activités litigieuses). Actes de gestion des organisations internationales au sens du droit américain. Caractère « supplétif » de la loi par rapport au traité constitutif	1049

IV. EXTRADITION ET DROIT ASILE

- Nouvelle-Zélande. Cour d'appel, 11 juin 2019, *Kim c. Minister of Justice of New Zealand* —. Suède. Cour suprême, 9 juillet 2019 —. Extradition. Recevabilité des assurances diplomatiques de la République populaire de Chine. Interprétation de la Convention contre la torture, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, et de la Convention européenne des droits de l'homme 1053
- Brésil. Cour suprême, ordonnance du 12 décembre 2018 relative à la demande italienne d'extradition de Cesare Battisti —. Actes de gouvernement. Souveraineté « interne » et « externe ». Dualisme constitutionnel 1055
- Royaume-Uni. Cour suprême, 30 juillet 2018, *R (on the application of Tag Eldin Ramadan Bashir & others) (Respondents) c. Secretary of State for the Home Department (Appellant)*, [2018] USKC 45 —. Applicabilité de la Convention de Genève sur les bases militaires souveraines britanniques à Chypre. Continuité coloniale. Unité territoriale 1056
- Grèce. Conseil d'Etat, 21 août 2018 —. Statut de réfugié. Crainte « avec raison d'être persécuté ». Exclusion du statut de réfugié 1057

V. VARIA

- Belgique. Conseil d'Etat, *Coordination nationale d'action pour la paix et la démocratie et Ligue des droits humains c. Région Wallonne*, 29 juin 2018 et 14 juin 2019 —. Vente internationale d'armes. Comportement de l'Etat acheteur à l'égard de la « communauté internationale » et respect du droit international 1058
- Ukraine. Cour d'appel de Kiev, 12 juin 2019, N22-п/824/4131/2019 —. Exécution des sentences arbitrales (arbitrage commercial). Ordre public interne. Qualité d'Etat-agresseur en vertu du droit interne et suspension de l'exécution 1060
- Mexique. Cour suprême de Justice de la Nation, *tesis aisladas* du 17 mai 2019 —. Droit à la sécurité sociale des travailleuses domestiques en vertu de la Constitution et du Pacte international sur les droits économiques. Principe d'égalité et non-discrimination. Egalité des sexes 1061

BIBLIOGRAPHIE

I. NOTES

- DUBOUT (EDOUARD) ET TOUZÉ (SÉBASTIEN). — *Refonder les droits de l'homme. Des critiques aux pratiques*, 1 vol. broché de 317 p., 2019, Paris (Pedone, Coll. « Publications du Centre de recherche sur les droits de l'homme et le droit humanitaire Université Panthéon-Assas (Paris 2) »), ISBN : 978 2 233 00900 5 332
- GIANNOPOULOS (CHRISTOS). — *L'autorité de la chose interprétée des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, 1 vol. broché de 568 p., 2019, Paris (Pedone, coll. « Publications de la Fondation Marangopoulos pour les droits de l'homme »), ISBN : 978 2 233 00906 7 827
- GRÉCIANO (PHILIPPE) ET MATHIEU (MARTIAL) (dir.). — *Juges les crimes contre l'humanité. Les leçons de l'histoire*, 1 vol. broché de 289 p., 2018, Paris (Pedone), ISBN : 978-2-233-00896 1 329
- RUYS (TOM), ANGELET (NICOLAS), FERRO (LUCA) (dir.). — *The Cambridge Handbook of Immunities and International Law*, 1 vol. broché de 720 p., 2019, Cambridge (Cambridge University Press), ISBN : 978 1 10841 788 4 825

II. NOTULES

<i>Recueil des opinions individuelles du Juge A.A. Cançado Trindade</i> , 1 vol. broché de 1030 pages, 2018, Paris (L'Harmattan), ISBN : 978 2 343 13980 7	341
AURESCU (BOGDAN), PELLET (ALAIN), THOUVENIN (JEAN-MARC) ET GÂLEA (ION) (dir.). — <i>Actualité du droit des mers fermées et semi-fermées</i> , 1 vol. broché de 211 p., 2019, Paris (Pedone), ISBN : 978 2 233 00922 7	1067
BUCHAN (RUSSEL). — <i>Cyber Espionage and International Law</i> , 1 vol. broché de 219 p., 2019, Oxford (Hart Publishing), ISBN : 978 1 782257363	1073
CAHIN (GÉRARD), POIRAT (FLORENCE) ET SZUREK (SANDRA) (dir.). — <i>La France et la condition internationale des personnes et des biens</i> , 1 vol. broché de 526 p., 2019, Paris, (Pedone), ISBN : 978 2 233 009203	1066
CHAUMETTE (ANNE-LAURE), HAUPAIS (NICOLAS) (dir.). — <i>Religion et droit international</i> , 1 vol. broché de 284 p., 2019, Paris (Pedone), ISBN : 978 2 233 00917 3	842
COUVEIHNES MATSUMOTO (FLORIAN) ET NOLLEZ-GOLBACH (RAPHAËLLE). (DIR.) — <i>Les Etats face aux juridictions internationales, Une analyse des politiques étatiques relatives aux juges internationaux</i> , 1 vol. broché de 256 p., 2019, Paris (Pedone), ISBN : 978 2 233 00931 9.....	1063
CUDENNEC (ANNIE) ET GUEGUEN-HALLOUET (GAËLLE) (DIR.). — <i>L'U.E. et la mer – 60 ans après les Traités de Rome</i> , 1 vol. broché de 401 p., 2019, Paris (Pedone), ISBN : 978 2 233 00923 4	1078
DE FROUVILLE (OLIVIER), TAVERNIER (JULIE) (dir.). — <i>La Déclaration universelle des droits de l'Homme, 70 ans après : Les fondements des droits de l'Homme au défi des nouvelles technologiques</i> , 1 vol. broché de 220 p., 2019, Paris (Pedone), ISBN : 978 2 233 00930 2	1070
ERPELDING (MICHEL). — <i>Le droit international antiesclavagiste des « nations civilisées »</i> , 1 vol. broché de 927 p., 2017, Paris (Institut Universitaire de Varenne, coll. « Thèses »), ISBN : 978 2 37032 140 4	576
FENG (SHUIE). — <i>La mise en œuvre du droit de l'OMC en matière de propriété intellectuelle en Chine</i> , 1 vol. broché de 330 p., 2019, Paris (Pedone), ISBN : 978 2 233 00924 1	1067
FERNANDEZ (JULIAN), DE FROUVILLE (OLIVIER) (dir.). — <i>Les mutations de la justice pénale internationale ?</i> , 1 vol. broché de 191 p., 2018, Paris (Pedone), ISBN : 978 2 23 300894 7	346
FINES (FRANCETTE), FLAVIER (HUGO), LANKARANI (LEILA) ET ROYER (LUDOVIC) (dir.). — <i>La puissance russe, entre émergence et renaissance</i> , 1 vol. broché de 222 p., 2019, Paris (Pedone), ISBN : 978 2 233 00899 2	345
HOCHMANN (THOMAS), REINHARDT (JÖRN) (dir.). — <i>L'effet horizontal des droits fondamentaux</i> , 1 vol. broché de 216 p., 2018, Paris (Pedone), ISBN : 978 2 233 00892 3	841
INSTITUT DES HAUTES ETUDES INTERNATIONALES. — <i>Grandes pages du droit international – La justice</i> , 1 vol. broché de 288 p., 2019, Paris (Pedone), 2019, ISBN : 978 2 233 00908 1	573
JAN-HENDRIK DIETRICH ET SULE (SATISH) (DIR.) . — <i>Intelligence Law and Policies in Europe. A Handbook</i> , 1 vol. broché de 591 p., 2019, Munich (Beck), 2019, ISBN: 978-3406694554	1073
LE BEUF (ROMAIN). — <i>Le traité de paix : contribution à l'étude juridique du règlement conventionnel des différends internationaux</i> , 1 vol. broché de 758 p., 2018, Paris (Pedone), ISBN : 978 2 233 00898 5	835

PREZAS (IOANNIS) (dir.). — <i>Substance et procédure en droit international public : dialectique et influences croisées</i> , 1 vol. broché de 219 p., 2019, Paris (Pedone), ISBN : 978 2 233 00901 2	342
RUNAVOT (MARIE-CLOTILDE) (dir.). — <i>La démocratie appliquée au droit international : de quoi parle-t-on ?</i> , 1 vol. broché de 198 p., 2018, Paris (Pedone) ISBN : 978 2 233 00881 7	349
STERIO (MILENA), SCHARF (MICHAEL P.) (eds). — <i>The Legacy of Ad Hoc Tribunals in International Criminal Law. Assessing the ICTY's and the ICTR's Most Significant Legal Accomplishments</i> , 1 vol. broché de 376 p., 2019, Cambridge (Cambridge University Press), ISBN : 978 1 108 40499 0	838
SUAMI (TAKAO), PETERS (ANNE), VANOVERBEKE (DIMITRI) ET KUMM (MATTIAS) (dir.). — <i>Global Constitutionalism from European and East Asian Perspectives</i> , 1 vol. broché de 607 p., 2018, Cambridge (Cambridge University Press), ISBN : 978 1 108 41711 2	838
TANZI (ATTILA M.). — <i>A Concise Introduction to International Law</i> , 1 vol. broché de 235 p., 2019, Turin (G. Giappichelli Editore / Eleven international publishing), ISBN : 978 9 462 36931 3	1065
TSAMPI (AIKATERINI S.). — <i>Le principe de séparation des pouvoirs dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme</i> , 1 vol. broché de 384 p., 2019, (coll. « Publications de la Fondation Marangopoulos pour les droits de l'homme »), Paris (Pedone), ISBN : 978 2 23 300904 3	583
VAÏSSE (MAURICE) (dir.). — <i>Diplomaties étrangères en mutation</i> , 1 vol. broché de 234 p., 2019, Paris (Pedone), ISBN : 978 2 233 00914 2	836

DOCUMENTS

Déclaration du Président de l'Assemblée nationale vénézuélienne, Juan Guaidó, le 23 janvier 2019.....	847
Déclaration du Président américain Donald Trump, le 23 janvier 2019	848
Order du Pr Trump du 5 août 2019 portant blocage des biens du Gouvernement du Venezuela.....	1081

TABLE ALPHABÉTIQUE DES MATIÈRES

A

- ABUS DE DROIT : 475-480, 961-966
- ABUS DE PROCÉDURE : 983-985, 961-966
- ABUS SEXUELS : 521-522
- ACCORD DE LIBRE-ÉCHANGE NORD-AMÉRICAIN (ALENA) : 419-427, 865-898
- ACCORD DE LIBRE-ÉCHANGE ENTRE L'UNION EUROPÉENNE ET SINGAPOUR : 736-741
- ACCORD DE PROTECTION DES INVESTISSEMENTS ENTRE L'UNION EUROPÉENNE ET SINGAPOUR : 736-741
- ACCORD ÉCONOMIQUE ET COMMERCIAL GLOBAL (AECG/CETA) : 951-957
ratification française : 933-937
- ACCORD ÉTATS-UNIS-MEXIQUE-CANADA (AEUMC) : 419-427, 865-898
— et droit des investissements : 865-898
- ACCORD GÉNÉRAL SUR LES TARIFS DOUANIERS ET LE COMMERCE (GATT) :
article XXI : 757-761
V. OMC (Organisation mondiale du commerce)
- ACCORD INTERNATIONAL :
notion d'— : 1031-1032
V. Droit des traités
- ACTES DE GOUVERNEMENT : 800-812, 1055-1056
actes détachables de la conduite des relations extérieures : 801, 804-812
- ACTES JURIDIQUES :
V. Engagements internationaux de l'Etat, Reconnaissance
- ACTIO POPULARIS* : 513-514
- ADOPTION : 768-771
- AFGHANISTAN : 690-691, 791-793
- AGENCE INTERNATIONALE DE L'ÉNERGIE ATOMIQUE (AIEA) :
réunion extraordinaire du Conseil des gouverneurs : 900-901
- AGRESSION ARMÉE : 711
qualité d'Etat agresseur : 1060-1061
- AIRE MARINE PROTÉGÉE : 219-221, 394-395
- ALLEMAGNE (RÉPUBLIQUE FÉDÉRALE D'ALLEMAGNE) :
Cour constitutionnelle fédérale, arrêt du 24 juillet 2018 (2BvR 309/15, 2 BvR 502/16) : 1033-1034
Cour constitutionnelle fédérale, décision du 7 décembre 2018 (2 BvQ 105/18 et al) : 1031-1032
Cour constitutionnelle fédérale, décision du 29 janvier 2019 (2 BvC62/14) : 1033-1034
Cour constitutionnelle fédérale, arrêt du 30 juillet 2019 (2 BvR 1685/14 et 2 BvR 2631/14) : 1022-1023
Cour fédérale, décision du 31 octobre 2018, *République slovaque c. Achmea BV* (I ZB2/15)25 : 1043
Cour fédérale, décision du 24 janvier 2019 (I ZB2/15)26 : 1043
/France : 410-415
- ANNEXION : 61-62
- ANTARCTIQUE : 218-221
- APATRIDIE : 937-940
- APPLICATION EXTRATERRITORIALE DU DROIT INTERNE : 443-444, 509-512, 703-705
- ARABIE SAOUDITE : 901-906
affaire « Khashoggi » : 415-419, 906-907
ventes d'armes à l'— : 901-912
/France : 906-912
- ARBITRAGE : 185-202, 488-491
— d'investissements : 871-887

- exception fiscale à l'arbitrage
d'investissements : 559-571
offre législative d'— : 535
recours parallèles : 1037-1038
renonciation à l'— : 559-571
V. Centre international pour le règlement
des différends relatifs aux
investissements (CIRDI), Contentieux
international, Règlement des différends,
Sentences arbitrales
- ARCTIQUE :
Conseil de l'— : 684-687
- ARGENTINE : 525-527
- ARMES :
— chimiques : 213-216, 287-289
commerce d'— : 901-912, 1058-1060
défense antimissiles : 430-434
Régime de contrôle de la technologie des
missiles (MTCR) : 947-950
V. Nucléaire, Traité sur le commerce des
armes (2 avril 2013)
- ASILE : 301-308, 505-506, 552-558, 813-819,
988-992, 1056-1058
protection subsidiaire : 301-308, 813-819
juge de l'asile : 301-308
refoulement indirect : 505-506
V. Droit d'asile
- ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DES NATIONS UNIES :
V. ONU (Organisation des Nations unies)
- ASSISTANCE CONSULAIRE : 961-966
V. Relations consulaires
- ATTENTES LÉGITIMES : 891-892, 999-1000
V. Expropriation
- AUSTRALIE :
Cour fédérale, arrêt du 8 août 2019,
*Infrastructure Services Luxembourg
S.A.R.L c. Espagne*, [2019] FCA 1220 :
1041-1042
- AUTODÉTERMINATION :
droit à l'— : 1038-1039
V. Décolonisation, Peuples autochtones,
Séparatisme
- AZERBAÏDJAN : 777-780
/France : 913-918
- B**
- BAIES :
V. Droit de la mer
- BELGIQUE : 497-498, 499-500, 976-980
Conseil d'Etat (section du contentieux
administratif, XV^e chambre), ordonnance
du 29 juin 2018, n° 242.023,
*Coordination nationale d'action pour la
paix et la démocratie et Ligue des droits
humains c. Région Wallonne* : 1058-1060
Conseil d'Etat (section du contentieux
administratif, XV^e chambre), décision du
14 juin 2019, n° 244.800, 244.801,
244.802, 244.803 et 244.80441,
*Coordination nationale d'action pour la
paix et la démocratie et Ligue des droits
humains c. Région Wallonne* : 1058-1060
- BÉNIN (RÉPUBLIQUE DU —) : 522-524
- BIODIVERSITÉ : 256-260, 719-722
— marine au-delà de la compétence
nationale : 719-722
V. Convention sur la diversité biologique,
Droit de l'environnement,
Environnement
- BIRMANIE (MYANMAR) : 687-690
violences contre les Rohingyas : 687-690
- BONNE FOI : 475-480, 756-761
- BOLIVIE : 536-538
- BOSNIE-HERZÉGOVINE : 277-280, 543-552
- BRÉSIL :
Cour suprême, ordonnance du 12 décembre
2018 relative à la demande italienne
d'extradition de Cesare Battisti : 1055-
1056
Tribunal supérieur électoral, arrêt du 1^{er}
septembre 2018 concernant l'éligibilité
de Luis Ignacio Lula da Silva à la
présidentielle : 1021-1022
- BULGARIE : 988-992
- C**
- CAMBODGE : 540-541
Khmers rouges : 540-541
- CANADA :
/Etats-Unis d'Amérique, Mexique : 419-
427

- CARTES : 619-651
- CENTRE INTERNATIONAL POUR LE RÈGLEMENT
DES DIFFÉRENDS RELATIFS AUX
INVESTISSEMENTS (CIRDI) :
- décision sur la compétence du 29 juin
2018, *Casinos Austria International
GmbH and Casinos Austri
Aktiengesellschaft c. Argentine*
(ARB/14/32) : 525-527
- décision sur la compétence du 30
novembre 2018, *Mera Investment Fund
Ltd c. Serbie* (ARB/17/2) : 532-533
- recours parallèles : 1037-1038
- sentence du 26 juillet 2018, *Mafin
Investment Group Holdings S.A.,
Alexandros Bakatselos et a. c.
Chypre* (ARB/13/27) : 527-528
- sentence du 9 octobre 2018, *UP and C.D.
Holding Internationale c. Hongrie*
(ARB/13/35) : 528-530
- sentence du 22 octobre 2018, *Cortec Minig
Kenya, Cortec (Pty) Ltd and Stirling
Capital Ltd c. Kenya* (ARB/15/29) : 530-
531
- sentence du 18 janvier 2019 (mécanisme
additionnel), *Anglo American PLC c.
Venezuela* (ARB(AF)/14/1) : 533-534
- sentence du 7 février 2019, *Anglo-Adriatic
Group Ltd c. Albanie* (ARB/17/6) : 535
- sentence du 8 mars 2019, *ConocoPhillips
Petrosuata B.V., ConocoPhillips Hamaca
B.V., ConocoPhillips Gulf of Paria B.V.
et ConocoPhillips Company c. Venezuela*
(ARB/07/30) : 781-782
- sentence du 31 juillet 2019, *SolEs Badajoz
c. Espagne* (ARB/15/38) : 999-1000
- sentence du 6 août 2019, *Lao Holdings
N.V. c. Laos* (ARB(AF)/12/6) : 1001-
1002
- V. Arbitrage, Droit des investissements,
Investissements, Sentence arbitrale
- CHAGOS (ARCHIPEL DES —) : 391-408
- CHAMBRES EXTRAORDINAIRES AUX SEIN DES
TRIBUNAUX CAMBODGIENS : 540-541
- jugement 16 novembre 2018, rendu dans le
deuxième procès dans le cadre du dossier
n° 002 (Chambre de première instance),
dossier n° 002/19-09-2007/ECCC/TC :
540-541
- CHAMBRES SPÉCIALISÉES DU KOSOVO : 260-
262
- CHANGEMENT CLIMATIQUE : 363-389, 684-
687
— et responsabilité de l'Etat : 363-389
- CHARIA : 506-508
- CHARTRE AFRICAINE DES DROITS DE L'HOMME
ET DES PEUPLES :
Protocole à la — : 522-524
- CHARTRE DES NATIONS UNIES : 91-94
- CHARTRE SOCIALE EUROPÉENNE : 1029
- CHEF DE L'ETAT : 494-496
- CHINE :
/Etats-Unis d'Amérique : 970-973
/France : 700-702
/Philippines : 221-226
- CHYPRE : 509-512, 527-528, 942-946
bases militaires britanniques à — : 1056-
1057
- CIRDI :
V. Centre international pour le règlement
des différends relatifs aux
investissements (CIRDI)
- CLIMAT :
V. Changement climatique
- COLOMBIE :
Conseil d'Etat (section du contentieux,
troisième chambre), arrêt du 22 juillet
2019, n° 05001-23-33-000-2018-00206-
01(61449) : 1026-1027
Cour constitutionnelle, décision C-252 du 6
juin 2019 (LAT-445) : 1016-1018
- COMITÉ DES DROITS DE L'HOMME : 1020-
1022
- COMITÉ POUR L'ÉLIMINATION DE LA
DISCRIMINATION RACIALE :
/ France : 246-249
- COMMERCE INTERNATIONAL :
V. Accord économique et commercial
global (AECG/CÉTA), Accord Etats-
Unis-Mexique-Canada (AEUMC),
Accord général sur les tarifs douaniers et
le commerce (GATT), OCDE, OMC
- COMMON LAW : 1035-1036

- COMMUNAUTÉ DES ETATS INDÉPENDANTS (CEI) : 101-108
- COMORES (UNION DES —) : 538-539, 1008-1009
- COMPÉTENCE DE L'ETAT : 1030-1031
- à l'égard de navires en haute mer : 477-478
 - en matière de crimes internationaux : 439-442
 - personnelle « passive » : 323-328
 - universelle : 439-442, 1027-1028
- V. Etat, Navire, Territoire
- CONFLIT ARMÉ : 756-761, 988-992
- V. Droit international humanitaire, Recours à la force
- CONSEIL DE L'EUROPE :
- et Russie : 141-152
 - V. Charte sociale européenne, Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et libertés fondamentales, Cour européenne des droits de l'homme
- CONSEIL DE SÉCURITÉ :
- autorisation de recourir à la force : 205-208
 - résolution 2443 du 6 novembre 2018 : 277-281
 - résolution 2444 du 14 novembre 2018 : 227-232
 - résolution 2451 du 21 décembre 2018 : 467-471
 - Russie et — : 91-100, 205-208
 - sanctions du — : 227-232
 - V. ONU, Paix, Recours à la force
- CONSEIL D'ETAT (FRANCE) :
- arrêt du 18 juin 2018, 2^e et 3^e ch. réu., n° 415046 : 543-552
 - arrêt du 3 octobre 2018, n° 406222 : 301-308
 - arrêt du 12 octobre 2018, n° 108567, *Sté super coiffeur* : 309-323
 - arrêt du 28 février 2019, 2^e et 7^e ch. réu., n° 414821 : 552-558
 - arrêt du 24 avril 2019, 10^e et 9^e ch. réu., *M. A. B.*, n° 408992 : 813-819
 - ordonnance du 23 avril 2019 (réf.), n°429668 : 804-812
- CONTENTIEUX INTERNATIONAL :
- amicus curiae* : 797-798, 995-996
 - autorité de chose jugée : 552-558
 - compétence *ratione materiae* : 514-515
 - compétence *ratione personae* : 488-491
 - compétence *ratione temporis* : 484-488
 - condition à la saisine d'une juridiction : 525-527
 - consentement à la juridiction : 13-14, 189-195
 - demande reconventionnelle : 533-534
 - distinction entre fonctions consultative et contentieuse : 396-401
 - droit applicable : 536-538
 - économie procédurale : 528-530
 - exécution des décisions juridictionnelles internationales : 31-37, 463-466, 766-768, 777-780, 1040-1041, 1046-1048
 - épuisement des voies de recours internes : 513-514, 771-774
 - fonction judiciaire : 14-17, 396-401
 - litispendance : 745-748
 - mesures conservatoires : 522-524, 745-754
 - opinions individuelles et dissidentes : 7-23
 - procédure consultative : 396-401, 768-771
 - recevabilité : 961-966, 983-985
 - recours parallèles : 1037-1038
 - revirement de jurisprudence : 484-488
 - situation interne des décisions juridictionnelles internationales : 1040-1043
 - tierce-intervention : 995-996
 - V. Arbitrage, Mesures conservatoires, Règlement des différends, Sentences arbitrales
- CONTRE-MESURES : 710-711
- CONTRÔLE EFFECTIF : 509-512, 813-819
- CONVENTION 169 DE L'ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL RELATIVES AUX PEUPLES INDIGÈNES ET TRIBAUX : 1038-1039
- CONVENTION D'ATHÈNES DE 1974 RELATIVE AU TRANSPORT PAR MER DE PASSAGERS ET DE LEURS BAGAGES : 1035-1036
- CONVENTION DE GENÈVE RELATIVE AUX RÉFUGIÉS (28 JUILLET 1951) : 1057-1058
- champ d'application territorial : 1056-1057
- CONVENTION DE SAUVEGARDE DES DROITS DE L'HOMME ET LIBERTÉS FONDAMENTALES :

- article 2 : 484-488, 509-512, 804-812, 976-980, 988-992
 article 3 : 505-506, 766-768, 771-774, 804-812, 980-982, 988-992
 article 4 : 985-987
 article 5 : 463-466, 505
 article 6 : 488-491, 494-500, 766-768, 987-988
 article 7 : 763-766
 article 8 : 492-494, 513-515
 article 10 : 775-777
 article 11 : 775-777
 article 13 : 505-506, 766-768
 article 14 : 980-982
 article 18 : 501-503
 article 41 : 515-518
 article 46 : 777-780
 article 2 du protocole additionnel 1 : 514-515
 article 3 du protocole additionnel 1 : 503-505, 775-777
 article 4 du protocole additionnel 7 : 309-323, 973-976
 obligation procédurale d'enquête : 484-488, 985-987
 Protocole n° 16 à la — : 241-243, 309-323, 768-771
 restriction aux droits garantis : 503-505
 satisfaction équitable : 515-518
- CONVENTION DE VIENNE SUR LE DROIT DES TRAITÉS (23 MAI 1969) :
 article 18 : 1029
 article 60 : 236-237
- CONVENTION DE VIENNE SUR LES RELATIONS CONSULAIRES (24 AVRIL 1963) :
 article 36 : 961-966
- CONVENTION DES NATIONS UNIES SUR LE DROIT DE LA MER (MONTEGO BAY, 10 DÉCEMBRE 1982) :
 article 298 : 748-751
- CONVENTION DES NATIONS UNIES SUR LES IMMUNITÉS JURIDICTIONNELLES DES ÉTATS ET DE LEURS BIENS (2 DÉCEMBRE 2004) : 519-521
- CONVENTION INTERNATIONALE POUR LA RÉGLEMENTATION DE LA CHASSE À LA BALEINE : 256-260
- CONVENTION POUR LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS RELATIFS AUX INVESTISSEMENTS ENTRE ÉTATS ET RESSORTISSANTS D'AUTRES ÉTATS (Washington, 18 mars 1965) :
 interprétation de la — : 1037-1038
- CONVENTION SUR LA DIVERSITÉ BIOLOGIQUE (RIO-DE-JANEIRO, 5 JUIN 1992) : 1038-1039
- COOPÉRATION :
 — fiscale : 262-265
- CORÉE DU NORD :
 /Espagne : 694-696
 /Etats-Unis d'Amérique : 694-696
- CORÉE DU SUD :
 Cour suprême, 30 octobre 2018, 2013da61381 : 1036-1037
 /Japon : 967-969, 1036-1037
- CORRUPTION : 1001-1002
- COUR AFRICAINE DES DROITS DE L'HOMME ET DES PEUPLES :
 arrêt du 28 juin 2019, fond et réparation, *Alfred Agbesi Woyome c. République du Ghana*, req. n° 001/2017 : 993-994
 arrêt du 4 juillet 2019, réparation, *Alex Thomas c. République Unie de Tanzanie*, req. n° 005/2013 : 996-998
 ordonnance portant mesures provisoires du 7 décembre 2018, *Sébastien Germain Ajavon c. République du Bénin*, req. n° 013/2017 : 522-524
 ordonnance du 4 juillet 2019, intervention, *Commission Africaine des droits de l'homme et des peuples c. République du Kenya*, Demandes d'intervention de Wilson Barngetuny Koimet et 119 autres et de Peter Kibiegon Rono et 1300 autres, req. n° 006/2012 : 995-996
- COUR D'APPEL DE PARIS :
 arrêt du 2 avril 2019 (pôle 1, chambre 1), *M. V. J Ryan fondateur et président de Schooner Capital LLC, Sté Atlantic Investment Partners LLC c. République de Pologne*, n° 16/24358 : 559-571

- COUR DE CASSATION (FRANCE) :
- arrêt du 16 octobre 2018 (crim.), n° 16-84436 : 323-328
 - arrêt du 17 avril 2019 (1^{ère} civ.), *M. M.*, n° 18-50039 : 819-823
- COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE :
- arrêt du 6 mars 2018 (gr. ch.), *Achmea*, aff. C-284/16 : 951, 999-1000
 - avis n° 1/17 du 30 avril 2019 : 951-957
- COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME : 301-308, 484-521
- arrêts pilotes : 766-768
 - arrêt du 7 juillet 2013, *Anchugov et Gladkov c. Russie*, req. n° 11157/04 et 15162/05 : 34-36
 - arrêt du 11 septembre 2018, *Chong c. Royaume-Uni*, req. n° 29753/16 : 484-488
 - arrêt du 2 octobre 2018, *Mutu et Pechtstein c. Suisse*, req. n° 40575/10 et 67474/10 : 488-491
 - arrêt du 11 octobre 2018, *S.V. c. Italie*, req. n° 55216/08 : 492-494
 - arrêt du 18 octobre 2018, *Thiam c. France*, req. n° 80018/12 : 494-496
 - arrêt du 23 octobre 2018, *Guerni c. Belgique*, req. n° 19291/07 : 497-498
 - arrêt du 6 novembre 2018, gr. ch., *Ramos Nunes de Carvalho e Sa c. Portugal*, req. n° 55391, 57728/13 et 74041/13 : 498-499
 - arrêt du 9 novembre 2018, gr. ch., *Beuze c. Belgique*, req. n° 71409/10 : 499-500
 - arrêt du 15 novembre 2018, gr. ch., *Navalnyy c. Russie*, req. n° 2980/12, 36846/12, 11252/13, 12317/13 et 43746/14 : 501-503
 - arrêt du 20 novembre 2018, *Selahattin Demirtas c. Turquie (n° 2)*, req. n° 14305/17 : 463-466, 503-505
 - arrêt du 11 décembre 2018, *M.A. et a. c. Lituanie*, req. n° 59793/17 : 505-506
 - arrêt du 19 décembre 2018, gr. ch., *Molla Sali c. Grèce*, req. n° 20452/14 : 506-508
 - arrêt du 20 janvier 2019, gr. ch., *Güzelyurtlu et a. c. Chypre et Turquie*, req. n° 36925/07 : 509-512
 - arrêt du 24 janvier 2019, *Cordella et a. c. Italie*, req. n° 54414/13 et 54264/15 : 513-514
 - arrêt du 29 janvier 2019, *Eynep Ahunbay et a. c. Turquie*, req. n° 6080/06 : 514-515
 - arrêt du 31 janvier 2019, gr. ch., *Géorgie c. Russie (I)*, satisfaction équitable, req. n° 13255/07 : 515-518
 - arrêt du 5 février 2019, *Ndayegamiye-Mporamazina c. Suisse*, req. n° 16874/12 : 519-521
 - arrêt du 12 mars 2019, *Drelingas c. Lituanie*, req. n° 28859/16 : 763-766
 - arrêt du 9 avril 2019, *Tomov et a. c. Russie*, req. n° 18255/10, 63058/10, 10270/11, 562021/13 et 41234/16 : 766-768
 - arrêt du 24 avril 2019, *A.M. c. France*, req. n° 12148/18 : 771-774
 - arrêt du 7 mai 2019, *Forcadelli i Luis et a. c. Espagne*, req. n° 75147/17 : 775-777
 - arrêt du 29 mai 2019, gr. ch., *Ilgar Mammadov c. Azerbaïdjan* (procédure article 46 § 4), req. n° 15172/13 : 777-780
 - arrêt du 8 juillet 2019, gr. ch., *Mihalache c. Roumanie*, req. n° 54012/10 : 973-976
 - arrêt du 9 juillet 2019, *Romeo Castaño c. Belgique*, req. n° 8351/17 : 976-980
 - arrêt du 9 juillet 2019, *Volodina c. Russie*, req. n° 41261/17 : 980-982
 - arrêt du 16 juillet 2019, *Zhdanov et al. c. Russie*, req. n° 12200/08, 35949/11 et 58282/12 : 983-985
 - arrêt du 18 juillet 2019, *T.I. c. Grèce*, req. n° 40311/10 : 985-987
 - arrêt du 17 septembre 2019, *Akdağ c. Turquie*, req. n° 75460/10 : 987-988
 - arrêt du 10 octobre 2019, *O.D. c. Bulgarie*, req. n° 34016/18 : 988-992
 - avis consultatif du 10 avril 2019, gr. ch., Reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention, demande n° P16-2018-001 : 768-771
 - compétence *ratione materiae* : 514-515
 - compétence *ratione personae* : 488-491
 - compétence *ratione temporis* : 484-488
 - épuisement des voies de recours internes : 513-514, 771-774
 - et Cour constitutionnelle russe : 32-38
 - exécution des arrêts de la — : 301-308, 463-466, 766-768

- opinions individuelles et dissidentes : 7-23
procédure consultative : 768-771
procédure en manquement (art. 46 §§ 4 et 5) : 777-780
protection de la vie privée : 492-494, 768-771
portée des arrêts dans l'ordre interne : 1029, 1040-1041, 1053-1055
recevabilité des requêtes : 983-985
refus d'exécution des décisions : 463-466, 777-780
subsidiarité : 768-771
/Turquie : 463-466
- COUR INTERAMÉRICAIN DES DROITS DE L'HOMME :
- arrêt du 28 novembre 2018, *Mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco c. Mexique*, Série C n° 371 : 521-522
- COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE :
- arrêt du 17 juillet 2019, *Affaire Jadhav (Inde c. Pakistan)* : 961-966
avis consultatif du 25 février 2019, *Effets juridiques de la séparation de l'archipel des Chagos de Maurice en 1965* : 391-408
ordonnance du 14 juin 2019, mesures conservatoires, *Application de la Convention internationale pour l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Qatar c. Emirats arabes unis)* : 745-748
opinions individuelles et dissidentes : 7-23
- COUR PÉNALE INTERNATIONALE : 226-227, 690-691
- décision du 15 novembre 2018 (chambre préliminaire I), *Application for Judicial Review by the Government of the Union of the Comoros, Situation on the Registered Vessels of the Union of Comoros, the Hellenic Republic and the Kingdom of Cambodia* (ICC-01/13) : 538-539
décision du 1^{er} février 2019, *Le Procureur c. Laurent Gbagbo et Charles Blé Goudé* (ICC-02/11-01/15OA14) : 786-791
décision du 12 avril 2019 (chambre préliminaire II), *Decision pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan, Situation in the Islamic Republic of Afghanistan* (ICC-02/17) : 690-691, 791-793
décision du 8 juillet 2019 (chambre de jugement IV), *Situation in the Democratic Republic of the Congo in the case of the Prosecutor v. Bosco Ntaganda* (ICC-01/04-02/06) : 1005-1006
décision du 18 juillet 2019 (chambre d'appel), *Judgment on the appeals against Trial Chamber II's 'Decision Setting the Size of the Reparations Award for which Thomas Lubanga Dyilo is Liable', Situation in the Democratic Republic of the Congo in the case of the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo* (ICC-01/04-01/06 A7 A8) : 1007-1008
décision du 2 septembre 2019 (chambre d'appel), *Judgment on the appeal of the Prosecutor against Pre-Trial Chamber I's 'Decision on the "Application for Judicial Review by the Government of the Union of the Comoros"', Situation on Registered Vessels of the Union of the Comoros, the Hellenic Republic and the Kingdom of Cambodia* (ICC-01/13 OA 2) : 1008-1009
ouverture d'une enquête : 791-793, 1008-1009
« plainte » concernant les essais nucléaires français : 244-246
politique des Etats-Unis d'Amérique à l'égard de la — : 458-459
procédure : 538-539, 791-793, 1007-1009
procureur : 538-539, 791-793, 1008-1009
saisine supplémentaire de la Palestine : 227
situation en Afghanistan : 690-691, 791-793
situation en Birmanie (Myanmar) : 689
situation en République des Philippines : 226
situation en République bolivarienne du Venezuela : 226-227
- COUR PERMANENTE D'ARBITRAGE :
- sentence du 18 novembre 2018, *South American Silver Ltd (Bermuda) c. Bolivie* (n° 2013-15) : 536-538
sentence finale du 3 septembre 2019, *Michael Ballantine & Lisa Ballantine c. République dominicaine* (n° 2016-17) : 1002-1004

- V. Arbitrage
- COUR PERMANENTE DE JUSTICE INTERNATIONALE :
opinions individuelles et dissidentes : 7-23
- COUTUME INTERNATIONALE : 763-766, 980-982, 1046-1047
statut interne de la — : 1023-1027
- CRIMÉE : 61-62, 99-100, 756-761
- CRIMES INTERNATIONAUX : 543-552
crime contre l'humanité : 540-541, 543-552, 796-797, 1005-1006
crime de génocide : 540-541, 552-558, 763-766, 796-797
crime de guerre : 540-541, 796-797, 1005-1006
crimes sexuels : 1005-1006
imprescriptibilité des — : 1026-1027
- V. Droit international pénal
- CUBA :
/Etats-Unis d'Amérique : 691-694
- D**
- DANEMARK :
/Etats-Unis d'Amérique : 918-920
- DAECH :
V. Etat islamique en Irak et au levant (*Daech*)
- DÉCISION JURIDICTIONNELLE : 552-558
autorité de chose jugée : 552-558
V. Contentieux international, Sentences arbitrales
- DÉCOLONISATION : 401-408
continuité coloniale : 1056-1057
- DÉLIMITATION : 619-651
— maritime : 175-177, 181-183
V. Frontières, Territoire
- DÉNI DES AVANTAGES (CLAUSE DE —) : 532-533
- DÉTROIT DE KERTCH : 290-296, 748-751
- DÉTROIT D'ORMUZ : 923-931
- DEVOIR DE SOLLICITUDE (*DUTY OF CARE*) : 373, 1010-1011
- DIFFÉREND :
— territorial : 221-226, 232-234
- V. Contentieux international, Règlement des différends
- DJIBOUTI :
/Erythrée : 229
- DOUBLE INCRIMINATION (PRINCIPE DE —) : 543-552
- DRONES : 923-927
- DROIT ADMINISTRATIF GLOBAL : 861-862
- DROIT D'ASILE :
V. Asile
- DROIT DE LA MER : 290-296, 475-480, 719-722, 925
droit de passage inoffensif : 290-296
droit de passage en transit : 700-702, 925
Etat du pavillon : 477-478
liberté de la haute mer : 475-480
liberté de navigation dans la zone économique exclusive : 752-754
négociations multilatérales sur la biodiversité au-delà de la compétence nationale : 719-722
V. Haute mer, Tribunal international du droit de la Mer
- DROIT DE L'ENVIRONNEMENT : 266-268
- DROIT DE L'ESPACE : 430-434
- DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE : 951-957
— et droit des investissements : 527-530, 782-785, 951-957, 999-1000
— et sentences arbitrales : 1043
V. Cour de Justice de l'Union européenne, Union européenne
- DROIT DES CONFLITS ARMÉS :
V. Droit international humanitaire, Recours à la force
- DROIT DES INVESTISSEMENTS : 185-202, 525-538, 559-571, 781-785, 865-898, 999-1005
— et droit de l'Union européenne : 527-530, 782-785, 51-957, 999-1000
exception fiscale à l'arbitrage d'investissements : 559-571
V. Investissements, Investisseur
- DROIT DES ORGANISATIONS INTERNATIONALES :
V. Organisations internationales

- DROIT DES TRAITÉS : 782-785
 identification du traité : 467-471, 1031-1032
 objet et but des traités : 532-533, 983-985
 signature : 1031-1033
 traités successifs : 527-528
 V. Convention de Vienne sur le droit des traités, Engagements internationaux de l'Etat
- DROIT DU RECOURS À LA FORCE (*IUS AD BELLUM*) :
 V. Recours à la force
- DROIT HUMANITAIRE :
 V. Droit international humanitaire
- DROIT INTERNATIONAL :
soft law : 1033-1035
 sources du — : 17-23
- DROIT INTERNATIONAL DE LA FONCTION PUBLIQUE : 1010-1011
- DROIT INTERNATIONAL ET DROIT INTERNE :
 exécution du droit international en droit interne : 31-37, 766-768
 contrôle de constitutionnalité des traités internationaux : 1016-1023
 droit constitutionnel et droit international : 25-38
 dualisme : 1020-1022, 1041-1042, 1055-1056
 portée interne des engagements internationaux : 1016-1023
 primauté du droit international sur le droit interne : 1026-1027, 1030-1031
 situation interne des décisions juridictionnelles internationales : 1040-1043
 statut interne de la *soft law* : 1033-1034
 statut interne du droit coutumier : 1023-1027
- DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE : 210-216, 909-911
 sociétés militaires ou de sécurité privées : 460-463
 V. Guerre, Mercenaires
- DROIT INTERNATIONAL PÉNAL : 538-541, 786-798, 1005-1009
 acquittement : 552-558, 786-791
 appel : 796-797
 compétences concurrentes : 797-798
 intérêts de justice : 791-795, 797-798
 libération conditionnelle : 786-791, 793-795
 outrage : 797-798
 renvoi devant les juridictions internes : 797-798
 témoins : 797-798
 V. Cour pénale internationale, Mécanisme international appelé à exercer les fonctions résiduelles des Tribunaux pénaux, Tribunal pénal pour le Rwanda
- DROIT INTERNATIONAL ÉCONOMIQUE : 419-427
 retrait des traités en — : 654-656
 subvention : 755-756, 970-973
 V. Commerce, Droit des investissements, Investissements
- DROIT INTERTEMPOREL : 484-488
- DROITS ACQUIS : 662-679
- DROITS DE L'HOMME : 484-524, 763-780, 804-812, 973-998
 discrimination : 506-508, 521-522, 967-969, 980-982, 1061-1062
 droit à des élections libres : 503-505, 775-777
 droit à la vie : 509-512
 droit à un environnement sain : 513-514
 droit à un recours effectif : 513-514, 766-768, 804-812, 983-985
 droit au procès équitable : 488-491, 494-503, 519-521, 766-768, 987-988, 993-994
 droit des peuples : 995-996
 droits de la défense : 497-498, 499-500
 droits des minorités : 506-508
 — et sociétés militaires ou de sécurité privées : 460-463
 identité sexuelle : 492-494
 légalité des délits et des peines : 543-552, 763-766
 liberté d'expression : 983-985
 liberté de réunion : 775-777
 libertés économiques : 666-669, 674-679
 non-rétroactivité de la loi pénale : 543-552, 763-766
 obligations positives : 804-812, 985-987

- principe d'égalité : 1061-1062
 protection de la vie privée : 492-494, 768-771
 traitements inhumains et dégradants : 766-768, 771-774, 980-982, 988-992
 V. Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et libertés fondamentales, Cour européenne des droits de l'homme, Cour interaméricaine des droits de l'Homme
DUE DILIGENCE (OBLIGATION DE) : 376-378, 380-384
- E**
- EMIRATS ARABES UNIS :
 /Qatar : 745-748
- ENERGIE : 136-139
 gaz naturel : 942-946
 V. Nucléaire
- ENFANTS SOLDATS : 1005-1006
- ENGAGEMENTS INTERNATIONAUX DE L'ETAT :
 contrôle de constitutionnalité des — : 1016-1023
 effet et applicabilité directe des — : 1030-1031
 interprétation : 19-21, 561-562, 1040-1042
 portée et champ d'application en droit interne : 1016-1039
 régularité interne des — : 1016-1023
 statut interne : 1027-1033
 V. Droit des Traités, Traité
- ETABLISSEMENT DES FAITS : 687-690
- ENTITÉ NON ÉTATIQUE : 813-819
 V. Etat
- ENVIRONNEMENT : 266-268, 940-942
 protection de l'— : 530-531, 1038-1039
 V. Biodiversité, Droit de l'environnement, Pacte mondial pour l'environnement
- ERYTHRÉE : 227-232
 /Ethiopie : 232-234
- ESPACE AÉRIEN : 153-172
 Russie et — : 153-172
- ESPACE EXTRA-ATMOSPHÉRIQUE : 428-430
 droit de l'espace : 430-434
- ESPAGNE : 775-777, 999-1000
 Catalogne : 775-777
- Tribunal constitutionnel, 20 décembre 2018, recours d'inconstitutionnalité 3754/2014 : 1027-1028
 /Corée du Nord : 694-696,
- ESPIONNAGE : 961-966
- ESTOPPEL* : 527-528
- ETAT :
 construction de l'— (*state building*) : 608-615
 dépassement de l'— : 852-859
 extension de la souveraineté de l'— : 355-361
 permanence de l'— : 865-898
 V. Compétence de l'Etat, Entité non-étatique, Immunités, Organisations internationales, Reconnaissance, Responsabilité internationale
- ETAT ISLAMIQUE EN IRAK ET AU LEVANT (*DAECH*) : 722-725
 rapatriements des « enfants de Daech » : 722-725, 804-812
 V. Irak, Syrie
- ETATS-UNIS D'AMÉRIQUE :
Alien Tort Statute : 1023-1026
 blocage de l'Organe d'appel de l'OMC : 452-455
 Cour d'appel du 9^{ème} circuit, 27 mars 2015, *Maldonado c. Holder* (n°09-71491) :
 Cour de district du District Sud de New York, 6 mars 2019, *Vekuii Rukoro et al. c. République fédérale d'Allemagne* : 1044-1045
 Cour du District Est de Virginie, 22 mars 2019, *Al Shimari et al. c. CACI Premier Technology, Inc c. United States of America* : 1023-1026
 Cour suprême, 27 février 2019, *Jam c. International Finance Corp.*, n° 17-1011 (586 U.S. [2019]) : 1049-1052
 défense antimissiles : 430-434
Foreign Sovereign Immunities Act : 1044-1045
International Organizations Immunities Act (1945) : 1049-1052
 loi *Helms-Burton* : 691-694
 Retrait du traité sur les forces nucléaires à portée intermédiaire : 235-238
 sanctions à l'égard du Venezuela : 920-923

- /Canada, Mexique : 419-427
 /Chine : 970-973
 /Corée du Nord : 694-696
 /Cuba : 691-694
 /Danemark : 918-920
 /Organisation de libération de la Palestine (OLP) : 434-439
 /ONU (Organisation des Nations Unies) : 922-923
 /Iran : 238-241, 923-931
 /Union européenne : 755-756
 /Venezuela : 726-732, 848, 921-923, 1063-1065
- ETHIOPIE :
 /Erythrée : 228-229, 232-234
- ÉTRANGER :
 éloignement : 771-774
 V. Réfugié, Asile
- EXÉCUTION : 31-37, 301-308, 463-466, 766-768, 777-780, 1040-1041, 1046-1048
 biens soumis aux mesures d'— : 1047-1048
- EXÉQUATUR :
 V. Sentence arbitrale
- EXPROPRIATION : 528-530, 536-538, 781-782, 893-894
- EXTRADITION : 509-512, 543-552, 976-980, 1053-1056
 assurances de l'Etat requérant : 1053-1055
 légalité des délits et des peines (principe de —) : 543-552
 non-rétroactivité de la loi pénale : 543-552
 V. Double incrimination (principe de —), Non-refoulement (principe de —)
- EXTRATERRITORIALITÉ :
 V. Application extraterritoriale du droit interne
- F**
- FORCE (EMPLOI DE LA —) :
 V. Recours à la force
- FRANCE : 439-444, 494-496, 543-571, 697-705, 771-774, 933-937
 affaire des « emprunts russes » : 800-804
 Comité pour l'élimination de la discrimination raciale : 246-249
 compétence universelle en matière de crimes internationaux : 439-442
 Conseil d'Etat : 301-323, 543-558, 804-819
 collectivités locales : 913-918
 Cour de cassation : 323-328, 819-823
 mandats d'arrêts contre des dirigeants syriens : 443-444, 703-705
 rapatriement des « enfants de Daech » : 724-725, 804-812
 ratification du Protocole n° 16 à la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et libertés fondamentales : 241-243
 Tribunal des conflits : 800-804
 /Allemagne : 410-415
 /Arabie Saoudite : 906-912
 /Azerbaïdjan : 913-918
 /Chine : 700-702
 /Cour pénale internationale : 244-246
 /Irak : 697-700
 /Syrie : 250-251
 V. Conseil d'Etat (France), Cour de cassation (France), Tribunal des conflits (France)
- FRAUDE FISCALE : 263-265
- FRONTIÈRES : 232-234, 289-290, 619-651, 707-714
 — maritimes : 173-183
 valeur des cartes dans la preuve des — : 619-651
 V. Différend, Etat
- FRONT POLISARIO : 252-253
- G**
- GAZA :
 zone de pêche de — : 717-719
 V. Palestine
- GÉNOCIDE : 540-541, 552-558, 763-766
- GÉORGIE : 515-518
- GESTATION POUR AUTRUI : 768-771
- GIBRALTAR : 296-298
- GOVERNANCE : 849-863
- GRÈCE : 506-508, 985-987

- Conseil d'Etat (ass. Plénière), arrêt
n° 1694/2018 du 21 août 2018 : 1057-1058
- Conseil d'Etat (ass. plénière), arrêts n°
2615-2616/2018 du 14 décembre 2018 :
1032-1033
- GROENLAND : 918-920
V. Danemark
- GUATEMALA :
/Organisation des Nations Unies : 445-447
- GUERRE :
v. Conflit armé, Droit des conflits armés,
Mercenaires
- GUERRE FROIDE : 94-95
- H**
- HAÏTI : 447-449
- HAUT-KARABAGH : 913-918
V. Azerbaïdjan
- HAUTE MER : 323-328, 475-480
- HONGRIE : 528-530, 705-707
- I**
- IMMUNITÉS : 1044-1053
— dans le cadre de l'exécution d'une
sentence arbitrale : 1046-1048
— de l'Etat : 323-328, 1044-1048
— de juridiction : 323-328, 519-521, 1023-
1026, 1044-1045
— des organisations internationales et de
leurs agents : 1049-1053
— des agents de l'Etat : 323-328
— et activité commerciale : 1044-1045
renonciation à l'immunité d'exécution :
1046-1048
renonciation à l'immunité de juridiction :
1023-1026, 1046-1047
- INDE : 937-940
/Pakistan : 707-714, 961-966
- INGÉRENCE : 39-52, 593-617, 860-861
V. Non-ingérence (principe de —)
- INTÉGRITÉ TERRITORIALE :
— des territoires non autonomes : 401-408
- INTERPRÉTATION : 19-21, 561-562, 962-963,
1040-1042
- évolutive : 514-515
par le juge interne : 1035-1039
V. Convention de Vienne sur le droit des
traités
- INVESTISSEMENTS : 424-425
conformité au droit local : 530-531, 535
droit de l'Union européenne et — : 527-
530, 783-785, 951-957, 999-1000
— et Accord Etats-Unis-Mexique-
Canada (AEUMC) : 865-898
— indirects : 533-534, 536-538
identification de l'investissement protégé :
532-533, 535
- IRAN : 900-901
Plan d'action global conjoint du 20 juillet
2015 : 900-901
/Etats-Unis d'Amérique : 238-241, 923-
931
/Israël : 714-717
/Maroc : 252-253
/Royaume-Uni : 938-931
- IRAK :
ressortissants français en territoire irakien :
697-700
/France : 697-700
V. Etat islamique
- ISRAËL : 538-539, 813-819, 1008-1009
/Iran : 714-717
/Jordanie : 253-256
/Palestine : 717-719
- ITALIE : 782-785, 492-494, 513-514
Cour constitutionnelle, 20 juin 2018, n°120
et 14 novembre 2018, n°194, *Francesca
Santoro c. Settimo senso s.r.l.* : 1029
Cour de cassation (1^e section civile), 14
novembre 2018, *Pietro Palmieri e altri c.
Banca popolare di Milano*, n° 29354 :
1037-1038
Tribunal d'Agrigente (section du juge pour
les enquêtes préliminaires), ordonnance
du 2 juillet 2019 : 1030-1031
Tribunal de Catane (section du juge pour
les enquêtes préliminaires), décret du
27 mars 2018 : 1030-1031
Tribunal de Trapani (section du juge pour
les enquêtes préliminaires), 3 juin 2019 :
1019-1020

J

- JAPON :
 retrait de la Convention internationale
 pour la réglementation de la chasse à la
 baleine : 256-260
 /Corée du Sud : 967-969, 1036-1037
- JORDANIE :
 /Israël : 253-256
- JURISPRUDENCE :
 revirement de — : 484-488
- JUS COGENS (IUS COGENS)* : 1019-1020, 1123-
 1126
 statut interne du — : 1123-1027

K

- KENYA : 530-531
- KOSOVO : 62-63, 65-69, 96-98, 260-262, 449-
 452
 création des Chambres spécialisées du
 Kosovo : 260-262

L

- LAOS : 1001-1002
- LÉGITIME DÉFENSE : 709-710
- LIBYE : 98, 593-617
- LITUANIE : 505-506, 763-766
- LUCCHINI (LAURENT) : 353-354
- LUXEMBOURG :
 Tribunal d'arrondissement, arrêt du 10 août
 2019, n°142988, *Diag Human S.E. c.*
République tchèque : 1046-1047

M

- MACÉDOINE : 1032-1033
- MAINLEVÉE DES NAVIRES : 752
- MAINS PROPRES : 536-538, 961-966
- MAINTIEN DE LA PAIX : 268-271
 V. Opérations de maintien de la paix, Paix
- MANDAT D'ARRÊT EUROPÉEN : 976-980
 obligation de coopération : 976-980
- MAROC :
 Front Polisario : 252-253
 /Iran : 252-253

MAURICE : 391-408

- MÉCANISME INTERNATIONAL APPELÉ À
 EXERCER LES FONCTIONS RÉSIDUELLES
 DES TRIBUNAUX PÉNAUX : 793-798
 décision du 16 janvier 2019 (président),
Procureur c. Valentin Ćorić (MICT-17-
 112-ES.4) : 793-795
 décision du 20 mars 2019 (chambre
 d'appel), *Procureur c. Radovan Karadžić*
 (MICT-13-55-A) : 796-797
 décision du 13 mai 2019 portant réexamen
 du renvoi d'une affaire à la République
 de Serbie (juge unique), *Procédure c.*
Petar Jojić et Vjerica Radeta (MICT-17-
 111-R90) : 797-798

MER :

- V. Droit de la mer, Haute mer, Ressources
 naturelles, Tribunal international du droit
 de la Mer
- MER D'AZOV : 290-296, 748-751
- MER DE CHINE MÉRIDIONALE : 221-226
 V. Chine, Philippines
- MERCENAIRES : 460-463
- MESURES CONSERVATOIRES : 522-524, 745-754
 compétence *prima facie* : 748-755
 plausibilité des droits allégués : 745-748
- MEXIQUE : 521-522
 Cour suprême de Justice de la Nation
 (seconde Chambre), *tesis aisladas* du
 17 mai 2019 : 1061-1062
 Troisième Tribunal Collégial du vingt-
 septième circuit, *tesis aisladas* du
 25 janvier 2019 : 1038-1039
 /Canada, Etats-Unis d'Amérique : 419-427
- MIGRATIONS : 282-287, 705-707
 traitement des migrants en Hongrie : 705-
 707
 V. Asile, Réfugié
- MINURSO (MISSION DES NATIONS UNIES
 POUR L'ORGANISATION D'UN
 RÉFÉRENDUM AU SAHARA OCCIDENTAL) :
 252-253
- MINUSCA (MISSION MULTIDIMENSIONNELLE
 INTÉGRÉE DES NATIONS UNIES POUR LA
 STABILISATION EN RÉPUBLIQUE
 CENTRAFRICAINE) : 456-459

MISSION DIPLOMATIQUE : 434-439

MOLDAVIE :

V. Transnistrie

MOUVEMENTS DE LIBÉRATION NATIONALE :
813-819

V. Entité non étatique

N

NATION LA PLUS FAVORISÉE (CLAUSE DE LA
—) : 887-889

NATIONALITÉ : 263-265, 467, 819-823, 937-
940

— effective et dominante : 1002-1004

enjeux politiques de la — : 732-736

pratique des « passeports dorés » : 263-
265, 467

V. Apatridie

NAVIRE :

libération du navire et de l'équipage : 752-
754

V. Mainlevée des navires

NIGÉRIA :

/Suisse : 752-754

NON BIS IN IDEM (PRINCIPE —) : 309-323,
973-976

NON-INGÉRENCE (PRINCIPE DE —) : 39-52,
860-861

V. Ingérence

NON-REFOULEMENT (PRINCIPE DE —) :

V. Droit d'asile, Extradition, Mandat
d'arrêt européen

NOUVELLE-ZÉLANDE :

Cour d'appel, 11 juin 2019, *Kim c.*
Minister of Justice of New Zealand
(CA562/2017 NZCA 209) : 1053-1055

NUCLÉAIRE : 707-714, 947-950, 967-969

essais d'armes nucléaires : 244-246

V. Agence internationale de l'énergie
atomique (AIEA), Energie

O

OBLIGATIONS

— positives : 804-812, 985-987

— primaires : 370-374

— secondaires : 374-375

OCCUPATION : 509-512

OCDE (ORGANISATION DE COOPÉRATION ET
DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES) :
263-265

OMC (ORGANISATION MONDIALE DU
COMMERCE) : 452-455

Accord général sur le commerce des
services (AGCS/GATS) :

Accord général sur les tarifs douaniers et le
commerce (GATT) : 480-484, 756-761

Accord sur les mesures sanitaires et
phytosanitaires (Accord SPS) : 967-969

Accord sur les obstacles techniques au
commerce (OTC) : 480-484

Accord sur les subventions et les mesures
compensatoires (SMC) : 755-756, 970-
973

blocage de l'Organe d'appel : 452-455

— et Russie : 123-139

mise en conformité : 755-756

V. Accord général sur les tarifs douaniers et
le commerce (GATT)

ONU (ORGANISATION DES NATIONS UNIES) :
266-287, 719-722, 849-863, 940-942

Assemblée générale : 266-277

/Etats-Unis d'Amérique : 922-923

/Guatemala : 445-447

/Haïti : 447-449

/Palestine : 271-274

/République centrafricaine : 457-459

V. Charte des Nations Unies, Conseil de
sécurité, Opérations de maintien de la
paix, Organisations internationales

OPÉRATIONS DE MAINTIEN DE LA PAIX : 268-
271, 447-449, 456-459

V. Recours à la force

ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL : 543-552,
793-795, 1060-1061

ORGANE DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS DE
L'OMC :

blocage de l'Organe d'appel : 452-455

— et Russie : 128-133

rapport de l'Organe d'appel du 14

décembre 2018, *Etats-Unis – Mesures
concernant l'importation, la
commercialisation et la vente de thon et
de produits de thon* (DS 381), recours

- des Etats-Unis et deuxième recours du Mexique à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends : 480-484
- rapport de l'Organe d'appel du 28 mars 2019, *Etats-Unis – Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs – 2^e plainte* (DS 353), recours de l'Union européenne à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends : 755-756
- rapport de l'Organe d'appel du 11 avril 2019, *Corée – Interdictions d'importer, et prescriptions en matière d'essais et de certification pour les radionucléides* (DS 495) : 967-969
- rapport de l'Organe d'appel du 16 juillet 2019, *Etats-Unis – Mesures compensatoires visant certains produits en provenance de Chine* (DS 437), Recours de la Chine à l'article 21:5 du Mémoire d'accord : 970-973
- rapport du groupe spécial du 5 avril 2019, *Russie – Mesures concernant le trafic en transit* (DS 512) : 756-763
- ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL :
- application des conventions de l'— dans l'ordre interne : 1038-1039
- V. Convention 169 de l'Organisation internationale du Travail relatives aux peuples indigènes et tribaux, Tribunal administratif de l'Organisation internationale du travail
- ORGANISATIONS INTERNATIONALES :
- immunités juridictionnelles des — : 1049-1052
- retrait des — : 296-298, 653-681
- ORGANISATION POUR L'INTERDICTION DES ARMES CHIMIQUES :
- Décision C-SS-4/DEC.3 du 27 juin 2018 : 287-289
- P**
- PACTE INTERNATIONAL RELATIF AUX DROITS ÉCONOMIQUES ET SOCIAUX ET CULTURELS : 1061-1062
- PACTE MONDIAL POUR L'ENVIRONNEMENT : 266-268, 940-942
- V. Droit de l'environnement, Environnement
- PACTE MONDIAL POUR DES MIGRATIONS SÛRES, ORDONNÉES ET RÉGULIÈRES : 282-287, 1031-1032
- PACTE MONDIAL POUR LES RÉFUGIÉS: 282-287, 1031-1032
- PAIX ET SÉCURITÉ INTERNATIONALES :
- maintien de la paix : 268-271
- V. Conseil de sécurité, ONU, Opérations de maintien de la paix
- PAKISTAN :
- /Inde : 707-714, 961-966
- PALESTINE : 271-277, 717-719, 813-819
- Hamas : 264-277
- Organisation de libération de la Palestine (OLP) : 434-439
- statut d'Etat non membre observateur à l'ONU : 271-274
- /Cour pénale internationale : 227
- /Israël : 717-719
- V. Gaza
- PARLEMENT EUROPÉEN :
- approbation de l'Accord de libre-échange et de l'Accord de protection des investissements entre l'Union européenne et Singapour : 736-741
- V. Union européenne
- PASSAGE INOFFENSIF (DROIT DE —) : 290-296
- PATRIMOINE CULTUREL : 514-515
- PÊCHE :
- zone de — : 717-719
- PEINE DE MORT : 697-700, 961-966
- PERSONNALITÉ JURIDIQUE INTERNATIONALE :
- V. Entités non étatiques, Etat, Organisations internationales,
- PEUPLES AUTOCHTONES : 246-249, 1038-1039
- PHILIPPINES : 226
- /Chine : 221-226
- POLICE POWERS (DOCTRINE DES —) : 527-528
- PORTUGAL : 498-499
- POST-MODERNITÉ : 850-851

- PRÉCÉDENT :
 V. Jurisprudence
- PRINCIPE DE PRÉCAUTION : 967-969
- PRIVILÈGES ET IMMUNITÉS :
 V. Immunités
- PROTECTION SUBSIDIAIRE : 301-308, 813-819
- Q**
- QATAR :
 /Emirats arabes unis : 745-748
- R**
- RECONNAISSANCE :
 — de gouvernement : 726-732
 — d'Etat : 59-61
 obligation de non-reconnaissance : 509-512
- RECOURS À LA FORCE : 599-605, 924-926
 intervention sollicitée : 208-210
 autorisation du — par le Conseil de sécurité : 205-208
 licéité du — : 205-210
 V. Conseil de sécurité, Opérations de maintien de la paix
- RÉFUGIÉ : 233-234, 282-287, 988-992, 1056-1058
 Pacte mondial pour des migrations sûres, ordonnées et régulières : 282-287, 1031-1032
 Pacte mondial pour les réfugiés : 282-287, 1031-1032
 statut de — : 301-308, 552-558, 813-819, 1057-1058
 « crise des migrants » :
 V. Asile
- RÉGIME TRANSITOIRE : 653-681
- RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS :
 — relatifs aux investissements : 424-425
 V. Arbitrage, Contentieux international
- RELATIONS CONSULAIRES : 961-966
- RELATIONS DIPLOMATIQUES : 434-439
 rupture des — : 252-253
- RÉPARATION : 386-388, 479-480, 515-518, 540-541, 777-780, 781-782, 965-966, 996-998, 1007-1008, 1036-1037
 évaluation : 996-998
 — matérielle/immatérielle : 996-998
restitutio in integrum : 777-780
 V. Expropriation, Responsabilité internationale
- REPRÉSAILLES :
 V. Contre-mesures
- RÉPUBLIQUE CENTRAFRICAINE : 456-459
- RÉPUBLIQUE DÉMOCRATIQUE DU CONGO :
 1005-1008
- RÉPUBLIQUE DOMINICAINE : 1002-1004
- RÉPUBLIQUE ISLAMIQUE D'IRAN :
 V. Iran
- RÉSERVES AUX TRAITÉS : 257-259, 309-323
 V. Droit des traités
- RESPONSABILITÉ INTERNATIONALE : 931-933
 articles de la CDI sur la — de l'Etat : 777-780
 — à raison de l'emploi d'armes chimiques : 213-216
 — de l'Etat : 428-430, 800-804
 circonstances excluant l'illicéité : 384-385
 — et changements climatiques : 363-389
 fait internationalement illicite : 378-385
 imputation : 462-463
 lien de causalité : 379-380, 513-514
 responsabilité pénale : 1005-1006
 victime : 513-514, 515-518, 1007-1008
 V. Protection diplomatique, Réparation
- RESSOURCES NATURELLES :
 V. Energie, Pêche
- ROUMANIE : 973-976
- ROYAUME-UNI : 484-488
 Cour suprême, 30 juillet 2018, *R (on the application of Tag Eldin Ramadan Bashir & others) (Respondents) c. Secretary of State for the Home Department (Appellant)*, [2018] USKC 45 : 1056-1057
 Cour suprême, 17 octobre 2018, *Warner (Respondent) c. Scapa Flow Charters (Appellant) (Scotland)* : 1035-1036
 Gibraltar : 296-298
 retrait de l'Union européenne : 296-298, 653-681
 /Iran : 938-931

- RUSSIE (FÉDÉRATION DE —) : 5-216, 501-503, 515-518, 766-768, 980-985
 — et arbitrages d'investissements : 185-202
 Cour constitutionnelle : 31-37
 Cour constitutionnelle, décision du 4 avril 1996, N9-II : 28-29
 Cour constitutionnelle, décision du 7 février 2007, N2-II : 29
 Cour constitutionnelle, décision du 14 juillet 2015, N21-II : 33-34
 Cour constitutionnelle, décision du 18 juin 2019 N24-II : 1040-1041
 Cour constitutionnelle et Cour européenne des droits de l'Homme : 32-38
 Crimée : 61-62, 99-100, 756-761
 — et crise syrienne : 203-216
 détroit de Kertch : 290-296
 Donbass : 732-736
 espace aérien russe : 153-172
 — et Conseil de l'Europe : 141-152
 — et Conseil de sécurité : 91-100
 — et Organisation mondiale du commerce (OMC) : 123-139
 frontière entre l'Ingouchie et la Tchétchénie : 289-290
 frontières maritimes russes : 173-183
 /Cour européenne des droits de l'Homme : 1040-1041
 /Soudan : 460-463
 /Ukraine : 290-296, 732-736, 748-751, 756-763, 931-933
 /Union européenne : 71-89
- S**
- SAHARA OCCIDENTAL : 252-253
- SANCTIONS :
 — commerciales unilatérales : 133-136
 — de l'Union européenne : 942-946
 — du Conseil de sécurité : 227-232
 — économiques : 238-241, 714-717, 920-923
- SAUVETAGE EN MER :
 notion de « port sûr » : 1030-1031
 V. Droit de la mer
- SÉCESSION :
 V. Autodétermination, Séparatisme
- SÉCURITÉ COLLECTIVE :
 V. Conseil de sécurité
- SENTENCES ARBITRALES :
 contrôle de la validité et de l'annulation des — : 1043
 exécution dans l'ordre interne : 1041-1042, 1060-1061
 immunités et exécution des — : 1046-1048
- SÉPARATISME : 53-69
 V. Autodétermination
- SERBIE : 532-533
- SINGAPOUR :
 Accord de libre-échange entre l'Union européenne et — : 736-741
 Accord de protection des investissements entre l'Union européenne et — : 736-741
 /Union européenne : 736-741
- SOMALIE : 229-230
- SOUDAN :
 /Russie : 460-463
- SOUVERAINETÉ : 7-23, 355-361
 extension de la — : 355-361
 — « interne » et « externe » : 1055-1056
 V. Etat
- STANDARDS DE PROTECTION :
 traitement juste et équitable : 533-534, 890-893
 V. *Due diligence* (obligation de —), Nation la plus favorisée (Clause de la —), Traitement national (Clause du —)
- SUCCESSION D'ETATS : 819-823
 — à l'ONU : 91-94
- SUÈDE :
 Cour suprême, 9 juillet 2019, QJ, Ö 2479-19 : 1053-1055
- SUISSE : 488-491, 519-521
 cantons suisses : 646-649
 /Nigéria : 752-754
- SUJETS DU DROIT INTERNATIONAL :
 V. Entités non étatiques, Etat, Organisations internationales
- SYRIE : 98-99, 203-216, 988-992
 attaques chimiques en — : 213-216, 287-289
 mandats d'arrêts français contre des dirigeants syriens : 443-444, 703-705

ressortissants français en territoire syrien :
250-251
/Russie : 203-216
V. Etat islamique

T

TERRITOIRE : 253-256, 619-651
 unité territoriale : 1056-1057
 intégrité territoriale : 401-408
 V. Compétence de l'Etat, Différend, Etat,
 Frontières, Intégrité territoriale

TERRORISME : 208-210, 771-774, 988-992

TORTURE : 521-522, 771-774, 988-992

TOURISME :
 — spatial : 428-430

TRAFIC DE MIGRANTS :
 V. Migrations

TRAITÉ :
 V. Accord international, Droit des traités,
 Engagements internationaux de l'Etat,
 Réserves aux traités

TRAITÉ D'AIX-LA-CHAPELLE ENTRE
 L'ALLEMAGNE ET LA FRANCE
 (22 JANVIER 2019) : 410-415

TRAITÉ SUR LA CHARTE DE L'ÉNERGIE : 192-
 195, 782-785, 999-1000

TRAITÉ SUR LE COMMERCE DES ARMES
 (2 AVRIL 2013) : 901-906, 910
 V. Armes

TRAITÉ SUR LES FORCES NUCLÉAIRES À
 PORTÉE INTERMÉDIAIRE (8 DÉCEMBRE
 1987) :
 dénonciation par les Etats-Unis
 d'Amérique : 235-238

TRAITEMENT JUSTE ET ÉQUITABLE :
 V. Standards de protection

TRAITEMENT NATIONAL (CLAUSE DU —) :
 533-534, 887-889

TRAITÉS BILATÉRAUX DE PROTECTION ET DE
 PROMOTION DES INVESTISSEMENTS :
 contrôle des — par le juge interne : 1016-
 1018
 objet et but des — : 532-533
 — russes : 185-192, 195-202

violation *prima facie* des — : 525-527
V. Droit des investissements,
 Investissements

TRANSNISTRIE : 56-59

TRANSPARENCE : 967-969

TRIBUNAL ADMINISTRATIF DE
 L'ORGANISATION INTERNATIONALE DU
 TRAVAIL :
 Jugement 4171 du 3 juillet 2019, *F. (n^{os} 5,
 6 et 7) c. UNESCO* : 1010-1011

TRIBUNAL ARBITRAL DU SPORT : 488-491

TRIBUNAL DES CONFLITS (FRANCE) :
 décision du 11 mars 2019, n^o C4153 : 800-
 804

TRIBUNAL INTERNATIONAL DU DROIT DE LA
 MER :
 arrêt du 10 avril 2019, *Affaire du navire
 « Norstar » (Panama c. Italie)* : 475-480
 compétence : 476-477
 ordonnance du 25 mai 2019, mesures
 conservatoires, *Affaire relative à
 l'immobilisation de trois navires
 ukrainiens (Ukraine c. Fédération de
 Russie)* : 748-751
 ordonnance du 6 juillet 2019, mesures
 conservatoires, *Affaire du navire « San
 Padre Pio » (Suisse c. Nigéria)* : 752-754

TRIBUNAL PÉNAL INTERNATIONAL POUR LE
 RWANDA : 552-558

TURQUIE : 463-466, 503-505, 509-512, 514-
 515, 947-950, 987-988
 /Arabie Saoudite : 415-419
 /Chypre : 942-946
 /Cour européenne des droits de l'Homme :
 463-466

U

UKRAINE :
 Cour d'appel de Kiev, décision du 12 juin
 2019, N22-II/824/4131/2019 : 1060-1061
 Cour suprême, décision du 25 janvier 2019,
 N796/165/18 : 1047-1048
 Crimée : 61-62, 99-100, 756-761
 Donbass : 732-736
 /Russie : 290-296, 732-736, 748-751, 756-
 763, 931-933

UNESCO (ORGANISATION DES NATIONS

UNIES POUR L'ÉDUCATION, LA SCIENCE ET
LA CULTURE) : 1010-1011

UNION BANCAIRE EUROPÉENNE : 1022-1023

UNION ÉCONOMIQUE EURASIATIQUE : 101-122

UNION EUROPÉENNE : 467

Accord de libre-échange entre l'— et
Singapour : 736-741Accord de protection des investissements
entre l'— et Singapour : 736-741— et Accord économique et commercial
global (AECG/CETA) : 951-957Politique étrangère et de sécurité commune
(PESC) : 74-82

/Etats-Unis : 755-756

/Royaume-Uni : 296-299, 653-681

/Russie : 71-89

/Singapour : 736-741

/Turquie : 942-946

V. Droit de l'Union européenne, Parlement
européen*UTI POSSIDETIS* : 643-646

V. Territoire

VVENEZUELA (RÉPUBLIQUE BOLIVARIENNE DU
—) : 226-227, 781-782, 847-848

sanctions américaines : 920-923

/Etats-Unis d'Amérique : 726-732, 920-
923, 1063-1065VIE PRIVÉE (PROTECTION DE LA —) : 492-
494, 768-771**Y**

YÉMEN : 467-471

Accord de Stockholm du 13 décembre
2018 : 467-471**Z**

ZONE DE PROTECTION MARINE :

V. Aire marine protégée

ZONE ÉCONOMIQUE EXCLUSIVE : 752-754

V. Droit de la mer

Sommaire

Articles

Pierre-François LAVAL - professeur de droit public à l'Université d'Orléans
Les Nations Unies et l'idée de gouvernance 849

Saïda El BOUDOUHI - professeur à l'Université Polytechnique Hauts de France (Valenciennes),
Institut du Développement et de la Prospective (EA1384)
Le chapitre sur l'investissement du nouvel ALENA : le retour de l'Etat ? 865

Chronique des faits internationaux 899
Sous la direction de Denis ALLAND

Chronique de jurisprudence internationale 959
Sous la direction de Niki ALOUPI et Pierre-François LAVAL

Jurisprudence étrangère intéressant le droit international 1013
Sous la direction de Raphaële RIVIER

Bibliographie critique 1061
Sous la direction de Sébastien TOUZÉ

Documents 1081

Table de l'année 1083
